

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE LA PROPRIÉTÉ DE LA PROVISION

EN MATIÈRE DE LETTRE DE CHANGE

(SYSTÈMES FRANÇAIS, ALLEMAND ET ANGLO-AMÉRICAIN)

« Les opérations de change, admirables inventions, véhicules puissants, qui transportent d'un bout du monde à l'autre des richesses naturelles et créées, mais dont la modération fait la force... »

G. MASSÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le vendredi 26 mai 1922, à 3 h. 1/2

PAR

S. ADATTO

Président : M. PERCEROU, professeur

*Suffragants : { MM. RIPERT, professeur
LACOUR, chargé de cours*



PARIS

JOUVE ET Cie, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, 15

—
1922

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE LA PROPRIÉTÉ DE LA PROVISION

EN MATIÈRE DE LETTRE DE CHANGE

(SYSTÈMES FRANÇAIS, ALLEMAND ET ANGLO-AMÉRICAIN)

« Les opérations de change, admirables inventions, véhicules puissants, qui transportent d'un bout du monde à l'autre des richesses naturelles et créées, mais dont la modération fait la force... »

G. MASSÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le vendredi 26 mai 1922, à 3 h. 1/2

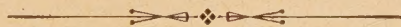
PAR

S. ADATTO



Président : M. PERCEROU, professeur

*Suffragants : } MM. RIPERT, professeur
LACOUR, chargé de cours*



PARIS

JOUVE ET Cie, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, 15

—
1922

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

BIBLIOGRAPHIE

- Adler.* — Das sogenannte Recht auf die Deckung des gezogenen Wechsels und die Frage seiner Einführung, dans Recht und Wirtschaft, 1913.
- Alauzet.* — Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale, t. IV.
- Arthuys (F.).* — Lettre de change, propriété de la provision (Revue critique de législation et de jurisprudence, 1906).
- Barclay et Dainville.* — Les effets de commerce dans le droit anglais Paris, 1877.
- Bédaride (J.).* — Des lettres de change et billets à ordre, 2^e éd. Paris, 1877.
- Béguelin.* — De la Revision du droit du change en Suisse, dans Verhandlungen des schweizerischen Juristentages, 1904.
- Bell.* — Principles of the Law of Scotland.
- Bentejac.* — De la Provision dans la lettre de change. Thèse Bordeaux, 1884.
- Bigelow.* — The Law on Bills, notes and cheques. Boston, 1900.
- Bernstein.* — Die Revision der Wechselordnung. Berlin, 1900.
- Blaschke.* — Das österreichische Wechselrecht in vergleichender Darstellung mit den ausländischen Wechselgesetzen. Vienne, 1877.
- Boistel (A.).* — Précis de Droit commercial, 2^e éd. Paris, 1878.
- Bouteron (J.).* — De l'Unification du droit relatif à la lettre de change et au billet à ordre. Thèse Paris, 1912.
- Bravard et Demangeat.* — Traité de Droit commercial. Paris, 1862.
- Byles (J. W. B.).* — A treatise on Bills of Exchange and promissory notes, 17^e éd. Philadelphia, 1891.
- Caustein (Von).* — Lehrbuch des Wechselrechts. Berlin, 1890.
- Check, Wechsel und deren Deckung (extrait de l'Archiv. für bürgerliches Recht, t. IV, 1890).
- Chalmers.* — A Digest of the Law of Bills of Exchange, Promissory notes, cheques and negotiable securities. Londres, 1919.
- Champcommunal.* — Etude sur la lettre de change en droit international privé. Paris, 1895.
- Chitty.* — On Bills of exchange and promissory notes, with reference to the law of Scotland, France and America, 11^e éd. Londres, 1878.

- Cosack.* — Traité de Droit Commercial. Paris, 1907.
- Crawford.* — Negotiable Instruments Law, 9^e éd. New-York, 1902.
- Daniel (John W.).* — A treatise on the law of negotiable instruments, 6^e éd. New-York, 1913.
- Debray.* — De la clause à ordre, thèse Paris, 1892.
- Delamarre et Lepoitevin.* — Traité théorique et pratique de Droit commercial. Paris, 1861.
- Delpaire.* — Du contrat de change selon le droit anglais comparé au droit français, dans les Archives de droit et de législation, 1837.
- Dicey.* — Conflict of laws on Bills of Exchange, dans The American Law Review, 1882.
- Einert.* — Das Wechselrecht nach dem Bedürfniss des Wechselgeschäfts im neunzehnten Jahrhundert. Leipzig, 1839.
- Frémery.* — Etudes de droit commercial. Paris, 1833.
- Garsonnet.* — De l'influence de l'abolition de la contrainte par corps sur la législation commerciale. Paris, 1868.
- Gide.* — Etude sur la novation et le transport des créances. Paris, 1879.
- Grünhut.* — Wechselrecht. Collection Binding, t. I. Leipzig, 1897.
- Guyot (E.).* — De la provision des lettres de change aux Congrès d'Anvers et de Bruxelles, dans la Belgique judiciaire, 25 oct. 1888.
- Haour (P.).* — De la provision dans les effets de commerce, thèse Montpellier, 1919.
- Halsbury.* — Encyclopedie of the commercial law of great Breat and Ireland.
- Hartmann.* — Deutsches Wechselrecht. Berlin, 1869.
- Hubert (F.).* — Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit français. Thèse Poitiers, 1899.
- Huc.* — Traité de la cession et de la transmission des créances. Paris, 1891.
- Lacour et Bouteron.* — Précis de Droit commercial. Paris, 1921.
- Ladenburg.* — Internationales Wechselrecht; Die Deckung, dans la Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, 1883, t. VII.
- Locré.* — La législation civile, commerciale et criminelle de la France. Paris, 1832 t. XVIII.
- Lorenzen.* — The conflict of Laws relating to bills and notes, New-Haven, 1919.
- Lyon-Caen et Renault.* — Traité de Droit commercial, 4^e éd. Paris, 1907, t. IV.
- Massé.* — Le Droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil. Paris, 1844-1847.
- Meyer Félix.* — Weltwechselrecht. Berlin, 1909.
- Namur.* — Commentaire de la loi du 20 mai 1872 (Titre VIII. livre 1^{er} du nouveau Code de commerce). Paris, 1873.
- Nouguier.* — Des lettres de change et des effets de commerce. Paris, 1875.
- Pardessus.* — Cours de droit commercial. Paris, 1822.
- Traité du contrat et des lettres de change. Paris, 1809.

- Percerou.* — Une campagne pour l'introduction en Autriche de la traite non acceptable avec affectation spéciale de provision (Annales de D^{rt.} Commercial, 1913).
- Piétraru.* — De la provision en matière de lettres de change dans le droit français et dans les principales législations. Paris, 1901.
- Pothier.* — Traité du contrat de change. Paris, 1820.
- Potu (E.).* — De l'Unification du droit relatif à la lettre de change et au billet à ordre. Thèse Dijon, 1914.
- Ruben de Conder.* — Dictionnaire de droit commercial, industriel et maritime, 3^e éd. Paris, 1877.
- Saleilles.* — Etude d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet du Code civil allemand, 2^e éd., Paris, 1901.
- Story.* — Commentaries on the conflict of Laws, foreign and domestic, in regard to contracts, rights and remedies. Boston, 1883.
- Thaller.* — Traité élémentaire de droit commercial, 5^e éd. Paris, 1916.
- De la nature juridique du titre de crédit (Annales de droit commercial, 1906-1907).
- De la nécessité, en droit comparé, d'étudier les doctrines juridiques et nationales des institutions (Bulletin de la Société de Législation comparée, 1900).
- Touzaud.* — Des effets de commerce. Paris, 1882.
- Troullier.* — La lettre de change, instrument de crédit, en droit français et en droit étranger. Paris, 1908.
- Valéry.* — Manuel de droit international privé. Paris, 1919.
- Wahl. (A.).* — Traité théorique et pratique des titres au porteur français et étrangers. Paris, 1891.
- Précis de Droit Commercial. Paris, 1922.
- Weiss.* — Traité théorique et pratique de droit international privé. Paris, 1907-1913.
- Williston (Samuel).* — The law of contracts. New-York, 1920.

ABRÉVIATIONS

Ap. Cas.....	Appeal Cases
Atl.....	Atlantic Reporters.
B. O. E. A.....	Bill of. Exchange Act.
C. B.....	Common Bench.
C. B. N. S.....	Common Bench New Series.
Ch.....	Chancery (Cour de Chancery).
Ch. Div.....	Chancery Division.
C. Pl.....	Common Pleas (Cour des Plaids communs).
D.....	Recueil périodique de jurisprudence Dalloz.
Entsch.....	Entscheidungen.
Entsch. des R. G.....	Entscheidungen des Reichsgerichts.
Entsch. des R. O. H. G....	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Ex.....	Exchequer (Cour de l'Echiquier).
Fed.....	Federal Reports (Recueil des décisions fédérales américaines).
G. P.....	Gazette du Palais.
J. P.....	Journal du Palais.
K. B.....	King's Bench (Cour du Banc du Roi).
L. J.....	Law Journal.
L. R.....	Law Reports.
L. T. R.....	Law Times Reports.
N. I. L.....	Negotiable Instruments Law.
P. C.....	Privy council (Conseil privé de la Couronne d'Angleterre).
Pasic.....	Pasicrisie Belge.
Q. B.....	Queen's Bench (Cour du Banc de la Reine).
R. D.....	Répertoire de Jurisprudence Dalloz.
S.....	Recueil Sirey.
U. S.....	Cour suprême des Etats-Unis.
Zeitsch.....	Zeitschrift.

DE LA PROPRIÉTÉ DE LA PROVISION

EN MATIÈRE DE LETTRE DE CHANGE

(SYSTÈMES FRANÇAIS, ALLEMAND ET ANGLO-AMÉRICAIN)

INTRODUCTION

La théorie de la provision, comme l'a fort bien dit M. Percerou, est une des plus originales, en même temps que l'une des plus délicates à appliquer du droit commercial (1); elle présente, en outre, un grand intérêt, étant donné qu'elle se rattache d'une façon particulière à l'étude de la lettre de change, qui est un instrument de crédit d'une très grande importance.

La lettre de change étant le plus cosmopolite de tous les contrats (*the most cosmopolitan of all contracts*) (2), les auteurs de presque tous les pays discutèrent et discutent encore longuement sur la théorie de la provision.

Parmi les commercialistes, certains auteurs traitent cette théorie de gênante et de désuète, tandis que d'autres l'accueillent avec confiance et la couvrent de leur autorité.

La question de savoir si le porteur d'une lettre de change acquiert, du fait de l'émission ou de l'endossement de la traite, un droit exclusif sur la provision, a été plus particulièrement l'objet de vives controverses; aussi est ce avec raison que MM. Delamarre et Lepoitevin la qualifient de *vexata* (3), et que la délégation du Luxembourg à la conférence de la Haye de 1910 se considérait sur le terrain le plus

1. Note de M. Percerou D. 1906.2.233.

2. *Chalmers' Bills of Exchange*, p. LIII.

3. *Traité de dr. comm.*, t. V, p. 431.

brûlant de la discussion lorsqu'elle dut émettre son avis sur l'opportunité de cette théorie (1).

La lettre de change remplace aujourd'hui le numéraire, et constitue, entre commerçants aussi bien qu'entre Etats, sinon l'unique moyen de paiement, du moins le mode de libération le plus usuel. Il est certain que le commerce ne pourrait se faire avec le seul secours du numéraire métallique, sans que la difficulté, les frais et les risques du transport ne lui fissent éprouver des entraves, même dans l'intérieur des Etats les moins étendus. Sans cet effet de commerce, les achats et les paiements deviendraient presque impossibles dans les pays éloignés : le numéraire en circulation ne suffirait pas aux transactions extrêmement nombreuses, et la différence de valeur entre les monnaies, les raisons de politique, qui ne tolèrent dans chaque Etat que les espèces nationales, rendraient l'obstacle insurmontable.

D'autre part, malgré les facilités des moyens de communication, malgré la création du recouvrement postal, la lettre de change constitue actuellement l'instrument essentiel des paiements internationaux.

Pour se rendre compte de l'importance de la circulation de cet effet de commerce, il convient de se rappeler qu'en 1914, les échanges internationaux atteignaient presque deux cents milliards.

La lettre de change qui, à son origine, était destinée à effectuer un paiement de place en place, en évitant les dangers de la circulation, a vu son emploi prendre, à partir du xix^e siècle, une toute autre direction ; au transport d'argent primitif (*cambium trajectory*) est venue s'ajouter une utilité nouvelle ; sur sa fonction d'instrument de paiement est venue se greffer celle d'instrument de crédit. Elle a, ainsi, pris une ampleur que les rédacteurs du Code de commerce n'avaient pas pu prévoir ; les commerçants commencèrent à créer des traites pour les donner en paiement à leurs créanciers, ou pour se procurer des fonds disponibles, afin de donner plus d'extension à leur commerce.

1. *Actes*, p. 300.

La question de l'origine de la lettre de change a suscité de nombreuses controverses. Un grand nombre d'auteurs ont soutenu que l'usage du contrat de change et des lettres de change est venu de la Lombardie, et que les Israélites, qui y étaient établis, en ont été les inventeurs. D'autres attribuent l'invention aux Florentins qui s'établirent à Lyon et en d'autres villes, lorsqu'ils furent chassés de leur pays par la faction des Gibelins (1).

Tout cela n'est qu'une simple conjecture. Ce qui est certain, c'est qu'il n'y a aucun vestige du contrat de change, ni des lettres de change, en Droit Romain (2). Cependant, il arriva quelquefois chez les Romains des cas où l'on compta pour quelqu'un une somme d'argent dans un lieu à une personne qui se chargeait de lui en faire compter dans un autre lieu. D'après ses lettres adressées à Atticus, nous voyons, en effet, que Cicéron s'informe si, pour épargner à son fils les ennuis de porter avec lui-même à Athènes les sommes dont il aurait besoin, il ne serait pas possible de les compter à Rome à quelqu'un, qui se chargerait de les lui faire compter à Athènes (3). Nous rencontrons, d'autre part, dans le Droit romain, des textes qui relatent que ceux qui prêtaient à la grosse aventure aux marchands trafiquant sur mer, envoyaient un de leurs esclaves pour recevoir de leur débiteur la somme prêtée, lorsqu'il serait arrivé au port de destination (4). Il est de toute évidence que tout cela n'aurait pas été nécessaire, si le commerce des lettres de change avait été en usage chez les Romains.

Le premier monument de la législation française, qui fasse mention de cet effet de commerce, est l'édit de Louis XI du mois de mars 1462, relatif à la tenue des foires de Lyon. Il est très certain que l'usage en est beaucoup plus ancien, car, de tout temps, la coutume a précédé la loi ; l'édit de 1462 sup-

1. V. Jousse, *Commentaire sur l'Ordonnance de Commerce de 1673*, p. 379.

2. M. Bernardakis soutient que la lettre de change, telle qu'elle est pratiquée de nos jours dans ses points essentiels, était en usage à Athènes et chez les Assyriens. V. *J. des Econom.* (mars 1865), p. 365.

3. Cicéron, *Epistolae ad Atticum*, lib. XII, 24.

4. D. XXII, 2. *De nautico faenore*, 4, § 1.

pose même l'usage de la lettre de change qu'il ne fait que consacrer. Cependant, celle-ci n'a été définitivement organisée que par l'Ordonnance du mois de mars (1673, tit. 5, 6, 7 et 12), dont les dispositions ont passé purement et simplement dans le Code de commerce de 1807.

Si l'on examine le Code de commerce ainsi que toutes les législations sur le change, on remarque que, dans presque tous les pays, le législateur s'est préoccupé de créer à la lettre de change une situation toute de faveur, afin de lui permettre d'atteindre les divers buts auxquels le monde de commerce peut tendre grâce à elle, et de réaliser les opérations variées dont elle assure l'économie.

Partant de cette considération que la lettre de change est très souvent utilisée comme instrument de crédit, la coutume, d'abord, et le législateur, ensuite, ont édicté des règles munies des sanctions rigoureuses en vue de protéger le porteur de la traite et, par voie de conséquence, d'assurer la circulation du titre. Ces règles constituent autant de dérogations au droit commun.

Les garanties, dont bénéficie, en général, le porteur d'un effet de commerce, consistent dans la solidarité des signataires, dans l'inopposabilité des exceptions, d'autres fois, dans des sûretés réelles, et enfin dans la rigueur avec laquelle est traité le débiteur cambiaire.

Le porteur de la lettre de change est assuré, en outre, par les sûretés personnelles susceptibles de garantir l'acquit de la traite (aval), par l'acceptation du tiré et, surtout, par l'existence de la provision (1).

La provision, en effet, constitue une garantie de paiement de la lettre de change ; elle couvre le tiré qui s'oblige en acceptant la traite, assure au porteur le recouvrement du montant de ses droits, et donne enfin au titre un crédit qui en facilite la circulation.

Il importe à trois personnes que cette provision existe :

1. La jurisprudence a une tendance à appliquer la théorie de la provision au billet à ordre (Cass. req., 24 janv. 1912, S. 1917.1.121) et la note de M. Boucart. M. Wahl approuve la jurisprudence : V. *Précis théorique et pratique du Dr. Com.*, 1922, n° 1845.

1° au tireur, afin que sa signature ne soit pas en souffrance ;
2° au tiré acceptant qui a voulu se charger de payer pour le tireur ; 3° au porteur au profit duquel la lettre de change a été créée.

Il est hors de doute que, parmi ces trois personnes, c'est le porteur qui a l'intérêt le plus direct à l'existence de la provision ; car celle-ci rendra plus probables et l'acceptation par laquelle il acquiert un débiteur personnel de plus, et le paiement de l'effet à l'échéance.

Enfin, il existe une dernière garantie qui n'est accordée au porteur de la lettre de change que dans certains pays seulement ; cette garantie consiste dans la reconnaissance à ce porteur d'un droit exclusif sur la provision se trouvant entre les mains du tiré.

La transmission de la propriété de la provision au porteur d'une traite confère à celui-ci, tout d'abord, une action contre le tiré, même à défaut d'acceptation(1) ; elle constitue, en outre, une garantie bien solide dont l'importance se révèle en cas de faillite du tireur survenant avant l'échéance de la lettre de change non acceptée.

On ne saurait mieux mettre en relief l'intérêt de la question qu'en l'illustrant d'un exemple.

Primus tire une lettre de change sur Secundus et la remet à Tertius. Primus fournit la provision à Secundus et dépose le bilan avant l'échéance de la traite ; le syndic du tireur failli réclame de Secundus la provision fournie par Primus ; s'il l'obtient, il est certain qu'il n'y aura pas provision à l'échéance (art. 116 C. Com.), et, dans ce cas, il est fort probable que l'effet reste en souffrance, car le tiré ne voudrait nullement payer l'effet pour le compte d'un insolvable. Un conflit d'intérêts se produit alors entre Tertius, le porteur, et les créanciers de Primus. Si l'on n'admet pas que le porteur acquiert un droit privatif sur la provision, celle-ci rentrera dans la masse de la faillite pour être répartie entre tous les créanciers de Primus, parmi lesquels figurera le porteur Tertius. Si, au contraire, on reconnaît à ce dernier un droit

1. V. Cass. Req., 18 mai. 1909 D. 1912.1.15.

exclusif sur cette provision, le syndic ne pourra pas la retirer ; elle restera entre les mains du tiré, qui devra l'appliquer au paiement du titre. Le porteur sera donc payé intégralement au lieu de n'avoir qu'un dividende.

Le tiré étant tenu personnellement par son acceptation, le droit exclusif à la provision présente moins d'utilité lorsque la traite est acceptée. Néanmoins, il peut arriver des cas où l'acceptation soit nulle, par exemple, lorsqu'elle a été donnée par un incapable. Si celui-ci a reçu provision, le porteur pourra valablement lui demander le paiement de la traite.

Il peut arriver aussi que le tiré, qui a reçu du tireur des marchandises en consignation pour les vendre et en appliquer le prix au paiement des traites tirées sur lui, soit en faillite ; ces marchandises ne seront pas comprises dans la faillite, et le porteur, en vertu de son droit de propriété sur la provision, ne subira pas le concours des autres créanciers du tiré.

Le Code de commerce de 1807 n'avait pas précisé quels étaient les droits du porteur d'une lettre de change sur la provision ; aussi différents systèmes, qu'on peut réduire au nombre de trois, furent proposés et combattus vivement.

Le premier de ces systèmes attribue au porteur, d'une manière absolue, la propriété de la provision, si celle-ci existe déjà entre les mains du tiré avant le jugement déclaratif de la faillite.

Le deuxième système refuse au porteur tout droit sur la provision. Les représentants de cette opinion enseignent que le tireur s'engage seulement à faire payer à l'échéance ou à payer lui-même ; le porteur n'aura droit à la provision, que si celle-ci est affectée spécialement au paiement de la lettre de change.

Entre ces deux systèmes absolus, un système intermédiaire a été soutenu. D'après cette dernière théorie, les droits du porteur sur la provision seraient subordonnés à l'acceptation du tiré.

La jurisprudence française n'est pas restée indifférente aux vives controverses auxquelles la question de la propriété de la provision a donné lieu. Suivant pas à pas les usages com-

merciaux, elle a évolué durant un siècle. Pendant un certain temps, les tribunaux hésitèrent à reconnaître au porteur un droit exclusif sur la provision. Toutefois, à partir d'une certaine époque, la jurisprudence s'était irrévocablement fixée par de graves arrêts émanant de la Cour régulatrice, et, quoique de rares décisions protestaient contre sa doctrine favorable au porteur, elle était devenue universelle, car elle avait adopté la solution désirée par le monde de la banque française.

Le système de la jurisprudence française n'est pas admis dans tous les pays ; et cependant on croirait, à première vue, que les dispositions des diverses législations et les systèmes des tribunaux étrangers sont fort peu différents les uns des autres, et cela à cause du rôle important que joue la lettre de change dans les transactions internationales. En réalité, il n'y a pas uniformité ni de législation, ni de jurisprudence ; les inconvénients qui en résultent sont tellement sérieux, que les divers Etats ont essayé à plusieurs reprises d'assurer l'unification des lois de change.

Le droit du change est un des plus divisés et des plus tranchés qui soient. Evoluant lentement depuis les origines historiques, il a contracté dans chaque pays des formes particulières dues, soit à l'influence de conceptions juridiques lancées par la doctrine, soit à l'action prédominante de la pratique et des usages commerciaux.

Cette législation variée présente, au point de vue de l'ensemble des règles relatives à la lettre de change, trois formes générales : 1° le système français ; 2° le système anglo-américain ; 3° le système allemand (1).

1. V. Félix Meyer, *Weltwechschrecht*, t. I, p. 2 et 26 ; Lorenzen, *Conflict of Laws relating to Bills and notes*, New-Haven, 19, p. 17, n° 1.

Les Etats suivants admettent le système français :

La République Argentine La Bolivie, le Brésil, le Chili, La Colombie, l'Equateur, l'Egypte, la Grèce, la Guatémala, Hayti, le Luxembourg, Monaco, le Mexique, les Pays Néerlandais, Nicaragua, le Panama, le Paraguay, la Pologne russe, la Serbie, la Turquie, et l'Uruguay.

Les pays adoptant le système allemand sont : l'Autriche-Hongrie, la Bulgarie, le Danemarck, l'Italie, le Japon, la Norvège, le Pérou, le Portugal, la Roumanie, la Russie, le Salvador, la Suède, la Suisse et le Vénézuéla.

Il y a lieu de remarquer, toutefois, que, en ce qui concerne les droits du porteur sur la provision, les législations se divisent en deux groupes : 1^o Les législations qui adoptent le système de la jurisprudence française et 2^o les législations qui écartent ce système. Dans le deuxième groupe figurent, notamment, la « Wechselordnung », « le Bill of Exchange Act » de 1882 et la Negotiable Instruments Law.

Comme nous nous proposons de faire une étude comparative de notre sujet, il serait rationnel d'examiner une législation dans chacun des deux groupes. Cependant, comme, d'une part, l'étude de la propriété de la provision nous amènera à l'examen de la nature juridique de la lettre de change, et que, d'autre part, la conception allemande sur la lettre de change diffère de la conception anglo-américaine, nous avons pensé qu'il est utile d'examiner la question dans chacun des trois systèmes.

Avant d'aborder l'étude de la matière, qu'il nous soit permis de dire quelques mots sur le but que nous poursuivons dans ce travail.

Nous n'avons nullement la prétention de jeter des lumières sur la théorie de la propriété de la provision, que M. Thaller a traitée de sombre (1), ni de la compléter, puisque, d'après M. Wahl, elle est incomplète (2). Nous estimons que la tâche, qui serait entreprise en vue d'atteindre un pareil but, est condamnée d'avance à rester obscure et incomplète, car il n'est pas possible, d'après nous, d'expliquer une institution complexe, dont chacun des éléments n'est que l'œuvre d'une évolution lente, par des constructions juridiques formées de toutes pièces.

Ce que nous nous proposons donc de faire, c'est d'étudier le système français qui est l'œuvre de la jurisprudence, œuvre consacrée d'ailleurs aujourd'hui par une loi formelle (loi du 8 février 1922), de le comparer aux systèmes allemand et anglo-américain et de rechercher, en dernière analyse, quel est le système le plus favorable à la circulation de la lettre de change.

1. *Traité élém. de Dr. comm.*, n° 1419.

2. *Op. cit.*, n° 1953.

TITRE PREMIER

La Propriété de la Provision en Droit français

CHAPITRE PREMIER

DE LA PROVISION

DÉFINITION, NATURE ET CARACTÈRES DE LA PROVISION

Parmi les dispositions du Code de commerce relatives à la provision, l'article 146, alinéa 1^{er}, semble en donner une définition. Cet article porte : « Il y a provision, si à l'échéance « de la lettre de change, celui sur qui elle est fournie est redevable au tireur, ou à celui pour le compte de qui elle est « tirée, d'une somme au moins égale au montant de la lettre « de change ».

Il est aisé de remarquer que les rédacteurs du Code n'ont pas donné une définition bien nette de la provision ; ceux-ci ont procédé simplement par voie de description, et évité, par conséquent, de spécifier en quoi elle doit consister.

L'idée qui se dégage du texte, c'est que, d'une part, la provision consiste en une somme d'argent, c'est-à-dire en une créance que le tireur a contre le tiré au jour de l'échéance, et que, d'autre part, cette créance peut prendre naissance après l'émission de la lettre de change, mais jamais après son échéance.

D'une façon générale, c'est l'existence de cette créance qui motive de la part du tireur l'émission de la lettre de change

sur le tiré ; celui-ci ne donne aussi son acceptation que parce qu'il est débiteur de cette créance envers le tireur.

En conjuguant ces deux idées, nous pouvons donc dire, avec M. Thaller, que « la provision est la créance d'argent « appartenant ou devant appartenir, lors de l'échéance de la « traite, au tireur contre le tiré, et motivant de la part du « premier l'émission de la lettre de change sur le second » (1).

Cette définition doit être complétée par la disposition finale du 1^{er} alinéa de l'article 116 du Code de commerce aux termes de laquelle la provision doit être « au moins égale au montant de la traite ». Le tiré doit donc avoir une provision intégrale ; dans le cas contraire, il n'y aurait pas provision au sens légal du mot (2) et l'on ne saurait obliger le tiré à accepter ou à payer la traite tirée sur lui. Le tireur non plus ne pourra, dans une pareille hypothèse, se prévaloir des dispositions dans lesquelles il pourrait puiser un droit s'il y avait provision aux termes de l'article 116 précité (3).

La provision, dans l'origine, était constituée le plus souvent par l'envoi d'une somme d'argent ; mais, comme nous l'avons déjà vu, l'usage de la lettre de change, en se développant, s'est mêlé à toutes les transactions commerciales de sorte que de nos jours la provision peut être faite de plusieurs manières : elle peut être faite par l'envoi des marchandises au tiré, soit à titre de vente, soit à titre de consignation, par la remise au tiré des effets pour l'encaissement et enfin par une ouverture de crédit.

Certains auteurs et un grand nombre d'arrêts, s'attachant trop à ce qui se passe dans la pratique, opposent, à tort, à la provision en argent la provision en marchandises ou en effets de commerce. Il y a là une confusion qui provient de ce que l'on attache un sens littéral à certains motifs des décisions judiciaires. On lit, en effet, dans un arrêt de la Cour de cassation du 19 janvier 1847 (D. 1847.1.109).

« Attendu que le tiré a refusé de recevoir les marchan-

1. *Op. cit.*, n° 1419.

2. V. Paris, 30 nov. 1891. D. P. 92.2.94 ; 7 février 1893. D. P. 93.2.113

3. V. Lyon-Caen et Renault, *Traité de Dr. com.*, t. IV, n° 165.

« dises qui lui avaient été expédiées, et qu'il a été jugé que
« c'était avec raison ; qu'ainsi il n'a jamais été nanti desdites
« marchandises, qui n'ont pu par suite faire provision dans
« ses mains, lors de l'échéance, à la traite tirée sur lui ».

Cet arrêt semble confondre deux choses bien distinctes : la valeur qui donne aliment à la provision avec la provision elle-même. Il suffit de prendre un exemple pour mieux souligner la distinction qui doit être faite entre ces deux choses essentiellement différentes ;

Paul, de Paris, expédie des marchandises à Pierre, de Marseille, avec mandat de les vendre ; pour recouvrer le prix des marchandises, Paul tire une lettre de change sur Pierre. Dans cette hypothèse, ce qui constitue la provision, ce ne sont pas les marchandises elles-mêmes, c'est la créance du prix que Paul acquiert contre Pierre, et cela, par suite de la réception des marchandises par ce dernier.

Cette opinion a prévalu aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence (1).

Le même raisonnement est fait dans l'hypothèse où le tireur, qui a émis une traite sur le tiré, envoie à celui-ci un effet pour l'encaissement, et dont le montant lui servira pour se couvrir des débours qu'il devra faire, lors du payement de la traite.

La distinction à faire, entre les marchandises et la créance constituant la provision, présente une grande importance. Le porteur de la lettre de change qui acquiert un droit exclusif sur la provision, ne peut faire valoir aucun droit de propriété sur les marchandises elles-mêmes. Cette propriété des marchandises consignées continue à demeurer dans le patrimoine du tireur, et le porteur ne pourra pas les suivre entre d'autres mains.

La créance constituant la provision ne résulte pas forcément d'une remise effective faite par le tireur au tiré ; elle peut exister parfois, sans que le tiré ait été couvert par le

1. V. Boistel, *Tr. élém. de Dr. comm.*, n° 775 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 166 ; Thaller, *op. cit.*, n° 1426. V. aussi req. 24 mai 1884, D., 84.1.291 ; — Trib. comm., Seine, 9 nov. 1895. *La Loi* du 21 nov. 1895. — Rouen, 11 nov. 1903. D. 1906.2.233.

tireur ; c'est ce qui se passe quand le tiré est un banquier qui a ouvert un crédit au tireur sans rien recevoir de celui-ci. En créant des lettres de change, le tireur ne fait qu'encaisser les avances qui lui ont été consenties.

L'ouverture de crédit n'a pas besoin d'être expresse ; elle se présume lorsque le tiré accepte la traite sans avoir reçu provision du tireur. La Cour de Bastia a décidé, en effet, que l'acceptation du tiré, qui emporte obligation de payer, vaut provision toutes les fois que cette obligation est réelle et sérieuse (v. Bastia, 9 juillet 1912 sous req. 10 mars 1915, D. P. 1916.1.241).

La provision née d'une ouverture de crédit ne présente pas le même caractère que toute autre provision ; elle est précaire dans son existence, et ne constitue pas pour le porteur de la traite non acceptée une certaine garantie, et cela parce que l'ouverture de crédit est considérée comme prenant fin en cas de faillite, soit du tireur, soit du tiré (1).

La provision sera donc anéantie dans le cas où elle constituerait une garantie sérieuse pour le porteur, c'est-à-dire en cas d'insolvabilité du tireur.

M. Thaller estime que dans l'hypothèse de consignation de marchandises, ce qui constitue la provision, ce n'est pas la créance provenant du fait de la réception des marchandises par le consignataire, mais celle que le tireur acquiert contre le consignataire en vertu d'une ouverture de crédit consentie par celui-ci (2).

On a fait observer cependant, que la thèse ne serait pas exacte pour le cas où le consignataire n'aurait pas promis d'accepter ou de payer indépendamment de la vente de la marchandise consignée. M. Lacour fait une distinction judicieuse : ou bien le commissionnaire s'est engagé à faire, lors de l'échéance de la traite, l'avance de son montant, dont le remboursement lui sera garanti par les marchandises qu'il est chargé de vendre, et sur lesquelles il a un privilège aux termes de l'article 95 du code de commerce, et alors la provision

1. V. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. 4, n° 745.

2. *Op. cit.*, n° 1426.

consiste dans le crédit qu'il a ouvert à son commettant ; ou bien le tiré n'a pas promis au tireur de lui faire des avances ; la provision, dans ce cas, n'existera que lorsque le commissionnaire aura vendu les marchandises et en aura touché le prix (1).

La provision consistant dans la créance du tireur contre le tiré, il faut pour qu'elle existe, que cette créance elle-même ait pris naissance ; il ne faut pas cependant qu'elle soit nécessairement exigible, ni même liquide, au moment où la lettre de change est mise en circulation ; il suffit, pour qu'elle constitue une provision, au sens légal du mot, qu'il y ait concordance de cette dette et de son échéance avec l'échéance de la traite (2). Cependant, certains arrêts, allant plus loin, décident qu'une créance, même éventuelle, même non exigible à l'échéance de la traite, peut former provision (3) ; ils reconnaissent toutefois que, dans ce cas, « la provision demeure, « comme la créance qui la représente, éventuelle jusqu'au « jour où l'éventualité à laquelle elle est soumise, vient à « se réaliser (4) ».

Il convient d'observer que, si la créance constituant la provision n'est ni exigible, ni liquide, au jour de l'échéance de la lettre de change, le tiré ne peut être contraint d'accepter ou de payer la traite, ce qui le priverait du bénéfice du terme (5).

1. V. *Précis de Dr. comm.*, 1921, t. 2, n° 1239.

2. Thaller, *op. cit.*, n° 1426. V. aussi Cass. civ., 20 janvier 1854. D. 1854.1.305.

3. Besançon, 14 mars 1865. D. 65.2.262. Rouen, 1^{er} déc. 1854 S. 1856.2.692. Lyon, 7 avril 1876 (*Rec. de Lyon*, 1876. 204).

4. Cf. Civ. cass., 2 fév. 1836. D. 36.1.208. — Colmar, 7 mai 1850 D. 55.2.224. — Req., 11 mars 1862. D. 62.1.342. — Paris, 30 nov. 1891. D. 92.2.94.

5. Paris, 30 nov. 1891. D. 92.2.94. *Addé* : Boistel, *op. cit.*, n° 770. Ruben de Couder, v° Lettre de change, n° 225. D'une façon générale, le tiré n'est tenu d'accepter la lettre de change que dans le cas où il s'est engagé envers le tireur à accepter ses traites. Cependant, l'usage et la pratique parmi les commerçants permet au créancier de tirer une lettre de change sur son débiteur : celui-ci sera obligé d'accepter la traite, à peine de dommages-intérêts, à la condition que tireur et tiré soient tous deux commerçants, et que la créance constituant la provision soit commerciale (V. Pothier, *Traité des oblig.*, t. IV, 514. Thaller, *op. cit.*, n° 1421. Cet usage a été consacré formellement en Belgique par l'art. 8 de la loi de 1872. V. aussi code hollandais, art. 113. *Contrà*, Chalmers, *op. cit.*, p. 138. Barclay, *Effets de commerce*, p. 61.

La lettre de change étant utilisée presque exclusivement par les commerçants, on pourrait croire que, pour valoir provision, la créance doit être commerciale ; on décide, au contraire, qu'il n'est pas nécessaire que cette créance ait une cause commerciale ou résulte d'une fourniture de marchandises ; il suffira que la créance existe et que sa cause soit licite (1).

La plupart du temps, le tireur d'une lettre de change expédie des marchandises au tiré, afin d'assurer le payement de la traite. Comme la question de la propriété de la provision ne se pose le plus souvent qu'en cas de faillite du tireur, il est très important de déterminer la date à laquelle ces marchandises ont été envoyées au tiré ; en effet, si l'envoi des marchandises est effectué à une époque telle qu'il tombe sous l'application des articles 446 et 447 du Code de Commerce, il est certain que la provision n'a pu être utilement constituée par le tireur (2).

Ainsi, si les marchandises, dont la valeur doit former la provision des lettres de change créées, ne sont entrées dans les magasins du tiré que dans les dix jours qui ont précédé la cessation des payements par le tireur, le porteur de ces lettres de change ne pourra se faire payer sur le prix de vente de ces marchandises par préférence aux autres créanciers du failli (3).

Avant de terminer le présent chapitre, il convient de dire quelques mots sur la personne qui est tenue de fournir la provision.

En général, en créant une lettre de change, le tireur cède (d'après le système de la jurisprudence) au preneur la créance qu'il a ou qu'il aura contre le tiré, à l'échéance. Si cette

1. Req., 10 mars 1915. D. 1916. I. 241.

2. V. Cass. civ., 24 janv. 1860. D. 1860. I. 72. — 22 mars 1878. D. 1878. I. 311 ; Cass., 31 déc. 1894. S. 1897. I. 213. V. cep. Bravard Veyrières et Demaubeat, *Tr. de dr. comm.*, t. V, 260 à 262.

3. Nougier soutient que la date qui sert de point de départ à la question de savoir si la provision a été faite ou non en violation de la cessation des payements, est celle de la faillite déclarée, et non celle de la faillite reportée. V. *Lettres de change*, t. I, 290, note 1.

créance n'existe pas au moment de l'émission de la traite, le tireur devra en acquérir une, jusqu'au jour où l'effet devra être acquitté, en fournissant une provision. On doit, dès lors, décider que, dans cette hypothèse, c'est au tireur qu'incombe l'obligation de faire provision. Cependant, d'après l'article 116 1^{er} alinéa du Code de Commerce, la provision est considérée comme étant fournie lorsque le tiré est redevable d'une somme au tireur ou à celui pour le compte de qui la lettre de change est tirée. Ainsi, les rédacteurs du Code de commerce ont envisagé le cas où une traite serait tirée par le tireur sur l'ordre d'une autre personne qu'on appelle le donneur d'ordre.

Avant la loi du 19 mars 1817, on discutait sur la question de savoir si le donneur d'ordre était obligé vis-à-vis du tiré, qui avait payé la lettre de change à découvert, c'est-à-dire sans recevoir de provision. On décidait en général que le donneur d'ordre seul était tenu à l'égard du tiré, pour la simple raison que celui-ci avait, en acquittant la traite, exécuté le mandat donné par le donneur d'ordre. La question n'était pas tranchée définitivement. Aussi la loi du 13 mars 1817 a mis fin aux controverses et résolu la difficulté dans le sens qui vient d'être indiqué, en modifiant l'article 115 de la façon suivante : « La provision doit être faite par le tireur ou par
« celui pour le compte de qui la lettre de change sera tirée
« sans que le tireur pour compte d'autrui cesse d'être person-
« nellement obligé envers les endosseurs et le porteur seu-
« lement. »

D'après cette disposition, le tireur pour compte n'est pas obligé envers le tiré, qui n'a de recours que contre le donneur d'ordre. Dans ces conditions, c'est au donneur d'ordre qu'incombe, en définitive, l'obligation de fournir provision.

CHAPITRE II

ÉTUDE DOCTRINALE DES SYSTÈMES

Nous avons vu, dans l'Introduction, qu'il existe plusieurs systèmes relativement aux droits du porteur sur la provision.

Parmi ces systèmes, il y en a qui n'accordent au porteur de la lettre de change que la qualité d'un simple créancier chirographaire ; d'autres enseignent que le porteur a les droits d'un créancier privilégié, d'un propriétaire, d'un quasi usufruitier, enfin d'un cessionnaire de créance.

Si l'on essaie de faire une classification des systèmes enseignés, on remarque que deux d'entre eux sont absolument opposés ; l'un de ces systèmes attribue au porteur de la lettre de change la propriété de la provision existant entre les mains du tiré au jour du jugement déclaratif de la faillite du tireur ; l'autre, au contraire, lui refuse absolument ce droit.

Entre ces deux systèmes absolus, des systèmes intermédiaires furent proposés. Ainsi, on a quelquefois subordonné les droits du porteur sur la provision à l'acceptation du tiré ; d'autres fois à l'affectation spéciale des valeurs envoyées par le tireur, ou enfin au protêt.

De ces systèmes intermédiaires, celui qui mérite d'être étudié sur le même pied que les deux systèmes extrêmes, est celui qui subordonne l'attribution de la propriété de la provision au porteur de la traite, à l'acceptation de la lettre de change par le tiré.

Nous étudierons ces trois systèmes en consacrant à chacun d'eux une section différente.

SECTION PREMIÈRE

Système accordant au porteur d'une lettre de change un droit exclusif sur la provision

THÉORIE DE LA CESSIION DE CRÉANCE

Les représentants du système qui reconnaît au porteur d'une traite un droit privatif sur la provision, essaient d'expliquer leur doctrine en faisant intervenir l'institution bien connue de la cession de créance.

D'après eux, en créant la lettre de change, le tireur ne s'oblige pas seulement à procurer une somme au preneur ; il lui cède aussi les sommes que le tiré lui doit ou lui devra au jour de l'échéance.

Déjà, certains auteurs anciens enseignaient que la lettre de change était une cession de la créance que possède le tireur contre le tiré, plutôt qu'une vente d'argent. Parmi ces auteurs, Savary, dans ses parères XIV, XLII, XLVII et LXXXII, fait allusion à une *cessio nominis*, sans abandonner toutefois l'idée d'une vente d'argent. Le parère XLII met plus particulièrement en relief cette idée de cession ; il déclare que les endosseurs sont obligés de prouver que la provision a été faite parce qu'un « ordre passé au dos d'une lettre de change est « un contrat de cession et transport d'argent, qui est de la « manière que celui des lettres de change. »

Dupuis de la Serra est encore plus explicite. D'après cet auteur, le change réel de place en place est une espèce de vente, de même que les cessions et les transports : « car celui « qui fait la lettre de change, vend, cède et transporte la « créance qu'il a sur celui qui doit la payer » ; et il ajoute que « le contrat de change est plutôt une cession de la créance, que « l'on a sur celui qui la doit payer, qu'une vente d'argent ; « or il est certain qu'une créance peut être achetée et vendue ; « donc le contrat de change est une espèce d'achat et de « vente (1). »

1. *L'art des lettres de change*, chap. III, n° 13, chap. IX, n° 22.

L'idée de cession était tellement répandue parmi les anciens auteurs, qu'on soutient qu'elle a été maintenue par les rédacteurs du Code de commerce (1).

Pour étayer leur théorie, les partisans du système de la cession de créance ont été obligés de se servir de certaines dispositions du Code civil ; ainsi, ils ont appliqué à la lettre de change les principes du droit commun, et exigé, pour que la propriété de la provision passât au porteur, qu'il y eût acceptation du tiré. Plus tard, ils ont décidé que le protêt faute d'acceptation ou de paiement pourrait tenir lieu de signification et suffirait à opérer le transfert de la créance, par application de l'article 1690 du Code civil.

En vue de simplifier le système, certains auteurs, allant plus loin, ont décidé que la provision serait acquise au preneur de la lettre de change par la simple délivrance du titre ; l'acceptation, selon eux, n'était pas nécessaire pour opérer le transports de la créance ; elle aurait seulement pour effet de rendre le tiré débiteur direct envers le porteur de la traite (2).

Les représentants de l'opinion favorable au porteur de la lettre de change essaient d'apporter, à l'appui de leur thèse, des arguments de texte. Ils reconnaissent que la convention de change, dans sa principale opération, participant de la vente, de la cession et du transport, a pour effet principal de transférer au porteur, considéré comme acheteur ou comme cessionnaire, la propriété de la lettre de change, dont le tireur se trouve dépouillé. Ce transfert s'opère, aux termes de l'article 136 du Code de commerce, par l'endossement.

La lettre de change représentant la provision, il s'ensuit que celle-ci devient la propriété du porteur par l'endossement.

On a répondu à cet argument, que l'article 136 du Code de commerce ne fait qu'indiquer la manière dont se transmet la propriété de la lettre de change, en tant que titre. En rédigeant ce texte, les rédacteurs du Code de commerce, déclarent les adversaires du système, n'ont jamais eu l'idée de fixer le sort de la provision, puisque la provision peut ne pas exister au moment de la négociation de la traite.

1. V. Locré, t. XVIII, p. 157.

2. Pardessus, *Traité des dr. com.*, t. I, p. 363.

Un deuxième argument de texte invoqué à l'appui du système de la transmission de la propriété de la provision est tiré *a contrario* de l'article 149 du Code de commerce (1). Aux termes de cet article : « il n'est admis d'opposition au « paiement qu'en cas de perte de la lettre de change ou de « la faillite du porteur. » Ainsi, déclarent les partisans de cette théorie, la loi accorde au porteur qui a égaré la lettre de change le droit de former opposition au paiement de cette lettre, afin d'empêcher que la provision, sur laquelle il a des droits exclusifs, ne passe en d'autres mains que les siennes.

D'après le même texte, en cas de faillite du porteur, les créanciers de ce dernier peuvent aussi former opposition au paiement de la lettre de change, parce que la faillite de leur débiteur les a saisis de tous les droits appartenant à celui-ci, et parmi lesquels figure le droit de propriété sur la provision.

Le législateur n'ayant pas ajouté aux deux cas prévus à l'article 149 du Code de commerce celui de la faillite du tireur, on doit conclure, disent les adeptes de la théorie favorable au porteur, que les valeurs destinées au paiement de la lettre de change appartiennent exclusivement au porteur de l'effet.

D'après certains auteurs, l'article 149 du Code de commerce ne constituerait pas un argument sérieux ; ce texte envisagerait l'hypothèse générale, c'est-à-dire l'opposition faite par des créanciers du créancier et non pas le cas particulier d'une opposition faite par le créancier du débiteur de la lettre de change (2).

D'autre part, M. Thaller (3) ainsi que MM. Lepoitevin et Delamarre font observer que l'article 149 (C. comm.) n'a pas la portée qu'on lui prête et, qu'au contraire, un argument *a contrario* semble s'en dégager (4). Ces auteurs estiment que, en rédigeant le texte, le législateur s'était proposé de régler

1. MM. Lyon-Caen et Renault estiment que cet argument est le plus fort et le seul décisif que la doctrine favorable au porteur de la lettre de change ait pu invoquer ; *op. cit.*, t. IV, n^o 186.

2. V. Vincens, *Exposition raisonnée de la législation commerciale*, t. II, p. 35 ; Horson, *Questions*, p. 64 ; Frémery, *Etudes*, pp. 135, 139.

3. *Op. cit.*

4. *Op. cit.*, t. V, p. 474.

le cas où la traite serait tombée aux mains d'un voleur ou d'un incapable, tel que le failli ; ainsi, le paiement fait à ces personnes devra être considéré comme nul ; le tiré ne sera mis en garde contre les risques de cette nullité que par une opposition, qui devra lui être signifiée.

A notre avis, la façon dont est rédigé l'article 149 du Code de commerce, fait penser plutôt à une énonciation limitative des cas dans lesquels une opposition peut être faite entre les mains du tiré. Cet article porte : « il n'est admis d'opposition « au paiement qu'en cas de perte de la lettre de change, ou « de la faillite du porteur. » Les termes « il n'est... que » sont très significatifs et impliquent sûrement l'idée d'une énonciation limitative.

D'autre part, il est certain que le paiement effectué entre les mains d'un incapable, en l'occurrence du voleur ou du porteur failli, ne sera considéré comme nul et ne sera pas, par conséquent, libératoire pour le tiré, que si celui-ci est en faute, c'est-à-dire, s'il n'a pas vérifié la régularité de l'endossement et l'identité du porteur présentant l'effet au paiement. Si l'on ne peut reprocher au tiré aucune négligence, le paiement fait par lui sera valable, à moins qu'il ne lui ait été notifié une signification lui interdisant d'acquitter la traite à l'échéance (art. 143 C. comm.).

D'après M. Wahl, l'argument tiré de l'article 149 (C. com.) tombe à côté. « La faillite du tireur, dit l'éminent auteur, ne « fait pas opposition au paiement en se saisissant de la pro- « vision ; elle réclame seulement ce qui lui appartient ; si le « tiré a accepté, il n'en est pas moins tenu de payer et la « faillite n'y met aucun obstacle ; s'il n'a pas accepté, il s'abs- « tiendra, étant dépouillé de la provision, de payer, et la « faillite n'a pas besoin pour cela de pratiquer une opposi- « tion et d'ailleurs n'a pas intérêt à la pratiquer (1). »

En dehors des objections que l'on a faites aux arguments tirés des articles 136 et 149 du Code de commerce, les adversaires de la théorie de la cession ont adressé à cette doctrine de très nombreuses critiques. Ceux-ci font observer, tout

d'abord, que la cession des droits ne ressort pas des textes de la loi. Les rédacteurs du Code de commerce, déclarent ces auteurs, ont précisé minutieusement les règles auxquelles la lettre de change doit être soumise, les effets qu'elle produit, et nulle part on ne rencontre une disposition indiquant que le tireur doive être créancier du tiré et qu'il cède sa créance au porteur. Il est vrai, ajoutent-ils, que le tireur est obligé de faire provision (art. 115 C. comm.), mais cette obligation n'existe que dans ses rapports avec le tiré ; dans tous les cas, c'est à l'échéance seulement que la provision doit exister. En créant la lettre de change, le tireur s'est obligé envers le preneur, et son engagement ne suppose en aucune manière la nécessité d'une créance du tireur contre le tiré ; si elle ne suppose pas cette créance, elle n'en est point la cession (1).

On a reproché aux auteurs, qui formulent l'objection, de faire une confusion entre l'exception et la règle. La règle, a-t-on déclaré, c'est que la provision existe au moment de la transmission de la lettre de change et, dans cette hypothèse, la propriété de la provision est transférée immédiatement au preneur.

M. Nouguier, critiquant l'objection que l'on tirait de l'article 116, 1^{er} alinéa (C. Com.) déclare que : « sans doute, le « tireur peut ne faire provision qu'à l'échéance, mais il peut « aussi la faire avant ; sans doute, il peut la retirer si elle « existe, mais il peut aussi la laisser. Il suit de là que, jusqu'à « l'échéance, le porteur n'a qu'un droit de propriété éventuel. « Mais on n'est pas autorisé à tirer de cette faculté la conséquence que le porteur n'a des droits qu'à l'échéance. Il est « dans la position de celui qui a acquis par achat ou par « transport un objet quelconque, et qui a laissé à son vendeur, ou à son cédant, la liberté de ne lui livrer l'objet qu'à « un certain terme. Le contrat n'en est pas moins parfait, « puisqu'il est consensuel ; la propriété lui est définitivement « acquise, seulement un terme existe qui doit être respecté, « à moins qu'un fait légal, la faillite par exemple, ne vienne

1. Fréméry, *op cit.*, p. 109.

« la faire cesser (1) ». Ainsi, d'après l'auteur, le preneur de la lettre de change acquiert un droit de propriété sur la provision dès le moment où il intervient un échange de consentements entre lui et le tireur.

Cependant, on fait observer contre cette manière de voir, qu'on ne saurait parler de l'acquisition, par le porteur, d'un droit de propriété sur la provision sans admettre les conséquences résultant de l'application du principe de la transmission de la propriété ; en effet, dit-on, si la propriété de la provision était transférée au porteur de la lettre de change à la suite d'un échange de consentements exprimé par la simple délivrance de la traite au preneur, celui-ci devrait, en cas de perte de la provision, supporter les risques en vertu de la règle *Res perit domino* ; or, ce n'est pas le cas dans notre hypothèse, puisque le porteur d'une traite peut réclamer le paiement à l'échéance, sans qu'on puisse en rien exciper de la perte de la provision (2).

Les adversaires de la théorie de la cession font remarquer, en outre, que la cession de créance implique nécessairement que la créance cédée passe du patrimoine du cédant à celui du cessionnaire dans l'état même où elle se trouve, munie de ses attributs actifs, tels que les sûretés qui la garantissent, mais accompagnée, par contre, des diverses exceptions qui peuvent en entraver l'exercice. La créance est transmise avec son fort et son faible. La cession étant à l'égard du débiteur cédé *res inter alios acta*, la compensation s'opérant entre lui et le cédant, la saisie-arrêt pratiquée contre le cédé par les créanciers du cédant, devront être opposables au cessionnaire ; le débiteur cédé est vis-à-vis du cessionnaire ce qu'il est vis-à-vis du cédant (3). Or, disent les représentants de la théorie adverse, il n'en est pas ainsi en matière de lettre

1. *Op. cit.*, p. 205 ; V. aussi en ce sens, Bédarride, *Des lettres de change et des billets à ordre*, t. I, p. 205.

2. L'objection n'est pas fondée, puisque la provision ne consiste pas en des marchandises.

3. V. Garsonnet, *De l'influence de l'abolition de la contrainte par corps sur la législation commerciale*, p. 53 ; Huc, *Cession et transmission des créances*, t. II, p. 286.

de change ; le tiré ne peut opposer au porteur ou à un endosseur aucune exception tirée du chef du tireur ou de l'un des endosseurs (1). Dès lors, concluent ces auteurs, il est impossible d'expliquer le mécanisme de la lettre de change par l'idée de cession sans méconnaître le principe formulé par l'adage : *Nemo plus juris transferre potest quam ipse habet*.

On pourrait, à notre avis, répondre à cette objection de la manière suivante :

Il n'est pas exact de dire que la lettre de change n'opère pas le transfert de la créance cédée, c'est-à-dire de la provision, avec toutes ses exceptions et toutes ses sûretés. En effet, le tiré peut opposer au cessionnaire, c'est-à-dire au porteur, les exceptions qu'il avait contre le tireur, tant qu'il n'aura pas accepté la lettre de change. Or, d'après le système dominant, l'acceptation du tiré n'est pas indispensable pour que le transport de la provision s'opère au profit du porteur. En prenant la lettre de change, celui-ci verra entrer dans son patrimoine la provision telle qu'elle existait dans le patrimoine du tireur. Cependant, si le tiré s'engage envers le porteur, en revêtant la traite de son acceptation, la dette primitive qu'il avait envers le tireur, et qui constitue la provision, devient une dette cambiaire, et partant plus onéreuse, en ce sens qu'il ne peut plus opposer au cessionnaire, c'est-à-dire au porteur, les exceptions qu'il avait contre le tireur. Ainsi, après l'acceptation, le tiré ne pourra plus soulever les exceptions, non pas parce que la cession n'a pas effectué le transport de la créance telle qu'elle existait dans le patrimoine du tireur, mais bien parce que, en acceptant la traite, le tiré a rendu plus rigoureuse l'obligation primitive qui le liait envers le tireur (2).

1. Cass. 5 janv. 1864. D. 1864.1.140 ; 5 nov. 1872. D. 74.1.37.

2. Nous reconnaissons que ce raisonnement est propre à l'inopposabilité des exceptions du tiré. En ce qui concerne le tireur et le souscripteur d'un billet à ordre, nous pensons que par le fait même qu'ils apposent leur signature sur un effet de commerce, ils sont censés renoncer à opposer au porteur, à l'échéance, les exceptions nées du chef des porteurs précédents. L'inopposabilité des exceptions est une mesure exceptionnelle ayant pour but de faire des effets de commerce une monnaie commerciale. — V. Beauchais, *Des clauses à ordre et au porteur dans les obligations hypothécaires*. Paris, 1922.

Quant aux garanties renforçant la créance du tireur contre le tiré, comme on le verra dans l'étude de la jurisprudence, elles se transmettent avec la créance qui fait l'objet des cessions successives, sans qu'il y ait lieu de distinguer si la lettre de change est revêtue ou non de l'acceptation du tiré.

Enfin, M. Thaller, s'appuyant sur ce que l'on reconnaît au tireur d'une lettre de change la faculté de disposer de la provision jusqu'à l'échéance, se demande si la théorie de la cession n'encourt pas le reproche de laisser le cédant libre de maintenir ou de supprimer la provision, l'objet de son contrat, alors qu'une « condition purement potestative » pour le débiteur invalide son engagement (1).

L'éminent auteur est plus positif dans sa critique lorsqu'il déclare que : « une cession ne se prête pas à l'insertion d'une condition quelconque. La condition qui laisse le cédant maître d'annihiler les effets du transport vicie la convention : toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition protestative de la part de celui qui s'oblige » (art. 1174, C. civ.) (2).

Ainsi, d'après M. Thaller, l'acte de cession intervenant entre le tireur et le preneur est nul, puisque le débiteur, c'est-à-dire le tireur, peut, à son gré, fournir ou non la provision.

Il ne nous semble pas cependant qu'on puisse invoquer l'article 1174 du Code civil pour réfuter la théorie de la cession. Cet article parle, il est vrai, d'une obligation soumise à une condition purement potestative, c'est-à-dire à la réalisation d'un événement futur et incertain, réalisation qui dépend uniquement et exclusivement de la volonté du débiteur (3).

L'obligation sera nulle toutes les fois que sa formation sera subordonnée à la pure et seule volonté de la personne

1. V. Thaller, *op. cit.*, n° 1452, note 1 : Pierre Haour, Thèse Montpellier, 1919, p. 81. — Tribunal civil de Valence, 30 nov. 1844 sous Civ. cass., 19 nov. 1850. D. 1854. 5. 287.

2. V. Note sous Civ. cass. 31 déc. 1894. D. 1895. 1. 412, col. 1.

3. V. Aubry et Rau, 4^e édit., t. IV, § 302, Notes 22 et 23. — Laurent, t. XVII, n° 55. — Colin et Capitant, *Cours de Dr. civil*, t. II, p. 180.

qui s'engage ; il ne se formera pas alors de lien juridique (1).

Il y a lieu de remarquer que la question de la nullité prévue à l'article 1174 du Code civil ne se pose que quand la condition est une condition suspensive, c'est-à-dire une condition à la réalisation de laquelle la formation du contrat se trouve subordonnée ; elle ne se pose pas quand la condition est résolutoire, car, dans tout contrat, chacune des parties peut se réserver le droit de résoudre la convention à son gré (2).

Le contrat intervenant entre le preneur et le tireur, au moment de la création de la lettre de change, étant un contrat consensuel, il se forme par le simple échange des consentements (3). Ce contrat de cession, qui est à la base de la lettre de change, n'est affecté, en principe, d'aucune condition suspensive ; sa formation ne dépend de la réalisation d'aucun événement futur et incertain. Seulement, ce contrat comporte presque toujours une modalité, qui est le terme, car la lettre de change est, sauf de rares exceptions, payable à une certaine échéance. Dans cette hypothèse, ce qui est différé, ce n'est pas la formation de la convention intervenant entre le tireur et le preneur, mais seulement son exécution. Le contrat, dans ces conditions, n'en est pas moins parfait, et l'on ne peut, dès lors, soutenir qu'il est assorti d'une condition suspensive et purement potestative.

Ce contrat doit produire ses effets aussitôt l'arrivée de l'échéance, quoique entre temps le tireur ait retiré la provision se trouvant chez le tiré. Cela est si évident, que le preneur de la traite peut faire condamner le tireur à des dommages-intérêts dans l'hypothèse où la lettre de change resterait en souffrance. Ce droit, le preneur (ou porteur) le puise dans l'obligation contractée par le tireur au moment de l'émission de la lettre de change (précédée de l'échange

1. Pothier, *Traité des oblig.*, n° 205. — Larombière, *Droit civil*, t. II, art. 1174 ; n° 2. — Demolombe, t. XV, n° 313. — Aubry et Rau, t. IV, § 302, texte et note 23.

2. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. II, p. 175.

3. Jousse, *op. cit.*, p. 384. — Nouguier, *op. cit.*, t. I, p. 205. — Bédarride, *op. cit.*, t. I, p. 216.

de consentements), obligation dont la naissance n'est subordonnée à la réalisation d'aucune condition, et dont l'exécution seule est fixée à une date ultérieure.

D'ailleurs, M. Thaller n'a pas contesté ce droit au preneur de la lettre de change. Parlant de l'hypothèse où un vendeur avait tiré des lettres de change sur son client, pour recouvrer le prix des marchandises qui n'avaient pas été encore livrées, l'éminent auteur déclare : « Or, le vendeur reste libre
« de ne pas faire livraison à l'acheteur. Il n'a pas sans doute
« cette liberté envers l'acheteur lui-même qui peut le contraindre à livrer. Mais il la possède envers le cessionnaire
« du prix de vente, envers le preneur des traites qui, tant
« que l'effet n'est pas échu, n'a contre lui aucun moyen de
« l'y forcer (1). »

M. Thaller reconnaît donc bien au porteur de la lettre de change le droit d'obliger le tireur à faire provision, en d'autres termes, à assurer le paiement de l'effet. Seulement, ce droit qui est assorti d'un terme, ne peut être exercé qu'à l'arrivée de ce terme. Par conséquent, le contrat de cession intervenant entre le tireur et le preneur est parfait dès le moment de l'émission de la lettre de change. Sa formation ne dépend donc d'aucune autre condition devant se réaliser postérieurement à la création du titre.

De ces explications, il nous semble qu'il ressort nettement que la provision constitue l'objet de la cession ; que le droit reconnu au tireur de disposer, jusqu'à l'échéance, de la provision, c'est-à-dire de l'objet du contrat de cession, ne vicie nullement la cession, qui est parfaite dès le moment où il y a échange de volontés.

Comme l'a justement fait remarquer M. Nougier, le preneur est dans la position de celui qui a acquis par achat ou par transport un objet quelconque, et qui a laissé à son vendeur ou à son cédant la liberté de ne lui livrer l'objet qu'à un certain terme.

Le système, qui vient d'être exposé dans ce chapitre, peut donc se résumer de la façon suivante :

1. V. Note précitée, D. P. 1895. 1. 412.

A la base de la lettre de change il y a un contrat de cession qui intervient entre le tireur et le preneur de cette lettre de change. Cette cession a pour objet la provision, c'est-à-dire la créance que le tireur a contre le tiré au jour de l'émission du titre, ou qu'il aura au jour de l'échéance. Pour que la cession soit opposable aux tiers, il n'est pas nécessaire de procéder à la notification prévue à l'article 1690 du Code civil, le Droit commercial dispensant les parties des formalités occasionnant des frais et entraînant un retard dans les opérations. Le preneur acquiert sur cette provision un droit de propriété par la simple transmission de la lettre de change. Aussi, en cas de faillite du tireur avant l'échéance, il ne sera pas obligé de venir en concours avec les autres créanciers du cédant; il sera désintéressé totalement sur la provision se trouvant chez le tiré.

SECTION II

Système refusant au porteur de la lettre de change un droit exclusif sur la provision

THÉORIE DU MANDAT

Les représentants du système refusant au porteur de la lettre de change un droit exclusif sur la provision pensent qu'il est conforme à la rigueur des principes de décider que celui-ci n'a pas sur la provision plus de droits que les autres créanciers du tireur. Ils estiment que c'est cette solution qui s'impose, étant donné que les garanties ordinaires ainsi que la rigueur de l'obligation cambiaire sont suffisantes pour assurer les droits du porteur, et qu'il n'est pas nécessaire, pour faciliter et assainir davantage la circulation de la lettre de change, que celui-ci soit garanti encore par un droit exclusif s'exerçant sur la provision.

M. Béguelin critique vivement le système qui est favorable au porteur et que certains jurisconsultes voulaient introduire en Suisse, en y apportant toutefois de légères modifi-

cations. Dans un rapport fort remarquable qu'il a fait, en 1904 à la Société des juristes suisses, à la Chaux de Fonds, il déclara que : « la faillite du tireur est un événement qui
« met en jeu bien d'autres intérêts que celui du porteur, et
« c'est une justice supérieure qui veut qu'on ne rompe pas
« à la légère avec le principe de l'égalité de tous les créanciers.
« L'intérêt du fabricant, par exemple, qui a laissé sans en
« avoir été payé des marchandises que le failli a revendues
« et dont le prix lui est dû par le tiré, n'est-il pas également
« respectable? Il a fait un mauvais crédit ; de même que le
« banquier a fait un mauvais crédit en escomptant la signa-
« ture d'un insolvable, et leur situation est la même que celles
« de tous les autres créanciers dont la confiance a été trompée.
« L'équité que l'on doit à tous l'emporte et on ne voit pas
« qu'on doive en faire le sacrifice à raison des seuls intérêts
« du porteur (1). »

Outre ces considérations de pur principe, les adversaires de la théorie de la cession apportent, à l'appui de leur thèse, des arguments appartenant au domaine juridique (2). En effet, certains auteurs voient dans la lettre de change une série de rapports de droit qu'on peut analyser de la façon suivante.

Dans les rapports entre preneur et tireur, la lettre de change renferme un contrat *do ut facias*. Le preneur remet au tireur des espèces ou toute autre valeur, et, en échange, celui-ci s'engage à lui assurer, au moyen de la traite, le paiement de la somme qui y est portée. L'obligation contractée par le tireur est une obligation de faire. En cas d'inexécution de cette obligation, le preneur n'aura contre le tireur que l'action en dommages-intérêts ; il ne pourra, par conséquent, faire valoir de son chef aucun droit sur la provision que le tireur aura pu fournir au tiré et, en cas d'une faillite du tireur survenant avant l'échéance, il devra subir le concours des autres créanciers du tireur failli (2).

Envisagée dans les rapports du tireur à tiré, la lettre de

1. V *Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins*, 1904, cahier 4, p. 316.

2. V. Delamarre et Lepoitevin, *Traité théorique et pratique de dr. comm.*, t. I, 439 et s. — Cf. Cour de Cass. belge, 29 janv. 1846. D. 46. 2. 229.

change recouvre, d'autre part, un mandat donné au tiré par le tireur de payer le porteur. Celui-ci est choisi pour transmettre l'expression de la volonté du tireur au tiré. La lettre de change propose au tiré, qui n'y contracte pas, un mandat de payer (*mandatum pecuniae solvenda*) (1).

Or, d'après l'article 2004 du Code Civil, le mandat étant essentiellement révocable, le tireur pourra rétracter l'ordre donné au tiré et revenir sur sa décision. De plus, ce mandat s'éteint *ipso jure* par la faillite du tireur (2).

Cette possibilité de révoquer le mandat *ad nutum*, déclarent les partisans de la théorie en question, rend l'immobilisation de la provision tout à fait illusoire. Celle-ci demeure la propriété du tireur, et le porteur n'a point de droit ni d'action sur elle. Le tireur qui demeure *in bonis*, peut la retirer, en échanger l'affectation, l'appliquer à de nouvelles traites au lieu des premières, l'éteindre par compensation en devenant, par ailleurs, débiteur du tiré, bref exercer sur sa créance une entière disposition. Cependant, le porteur peut bien requérir l'acceptation si la traite est acceptable ; si le tiré accepte, le porteur obtient un débiteur de plus, lequel s'engage *in solidum*. C'est là que se limite le droit du porteur ; celui-ci ne peut s'enquérir de l'existence de la provision, ni savoir en quelles valeurs elle est constituée ; les tireurs et tiré sont libres de pourvoir au paiement suivant le mode dont ils conviennent.

Le tiré qui acquitte la lettre de change en vertu du mandat donné par le tireur, dispose contre celui-ci de l'action *mandati contraria*, pour se faire rembourser les sommes qu'il a versées en vue de l'exécution du mandat ; quelquefois, il porte en compte-courant le montant de la traite ; souvent il se rembourse sur le produit des encaissements dont il a

1. V. Delamarre et Lepoitevin, *op. cit.*, t. V, p. 444. — Namur, *Code de comm. belge*, t. I, p. 272. — Lacour, *Précis de dr. comm.*, n° 1235. — Speiser, dans *Goldschmidt Zeitschr.*, t. XXXVI, p. 164. — Thäl, *Wechse'recht*, § 71 et s. — *Praxis des Handels und Wechselrechts*, t. I, p. 52. — Vidari, *La lettera di cambio*, p. 203.

2. V. Delamarre et Lepoitevin, *op. cit.*, t. V, n° 284. — V. aussi Bégucelin, *op. cit.*, p. 305.

été chargé, d'autres fois, il est nanti de marchandises consignées, ou bien de connaissements. La provision n'est donc que le moyen convenu entre le tireur et le tiré de pourvoir au paiement de la lettre de change ; elle ne concerne nullement le preneur ou le porteur de la traite. Restant étranger à la provision, le porteur ne pourra pas se la faire attribuer totalement dans le cas où le tireur viendrait à tomber en faillite, avant l'échéance de la lettre de change.

Cependant, les adversaires du système du mandat reprochent à cette théorie d'être incomplète. L'usage universel, déclarent ceux-ci, a imposé au tireur une obligation qui est consacrée par la loi et qui consiste à assurer, avant l'échéance de la lettre de change, l'acceptation de celle-ci par le tiré, c'est-à-dire l'obligation personnelle du mandataire ou, faute de ce faire, à donner une caution ; or, dans le contrat de simple mandat, le mandataire ne s'oblige pas avec le mandant (1).

MM. Delamarre et Lepoitevin ont bien senti la difficulté ; ils ne l'ont pas cependant écartée, puisqu'ils se sont contenté, de dire « que le commerce en général use peu de l'acceptation, que cette acceptation est rarement demandée et que « presque toujours elle est refusée ».

Il n'est point besoin de faire remarquer que l'acceptation de la lettre de change par le tiré est envisagée à tel point lors de la conclusion du contrat intervenant entre le tireur et le preneur, qu'on pourrait même dire qu'elle constitue un élément essentiel de la traite. Cela est si vrai que, dans les définitions qu'elles donnent de l'obligation contractée par le tireur, les nouvelles lois sur le change considèrent l'acceptation comme un des premiers éléments de la prestation promise par celui-ci.

D'autre part, l'acceptation est tellement inhérente à la lettre de change que, parmi les systèmes qui ont été proposés en vue d'expliquer le mécanisme de cet effet de commerce, la théorie de la délégation a sa base principale dans cette acceptation.

1. V. Alauzet, *Commentaire du Code de commerce*, t. III, n° 1287, p. 276.

SECTION III

Système subordonnant à l'acceptation de la lettre de change par le tiré, l'attribution de la provision au porteur de la traite.

THÉORIE DE LA DÉLÉGATION

Nous avons vu dans la première section du présent chapitre que, pour reconnaître au porteur de la lettre de change un droit privatif sur la provision, certains auteurs exigeaient que la lettre de change fût acceptée par le tiré ; ils estimaient que le contrat de cession, intervenant entre le tireur et le preneur, n'était opposable aux tiers que s'il y avait eu acceptation du débiteur cédé ; ils appliquaient, ainsi, à la lettre de change les dispositions de l'article 1690 du Code civil, avec certaines atténuations.

Cependant, comme nous l'avons déjà dit, d'autres commercialistes dont l'opinion ne diffère pas profondément de la doctrine précitée, poussés par des considérations plutôt pratiques que juridiques, et, en vue de simplifier les opérations et de rendre l'attribution de la provision au porteur de la traite indépendante de la volonté du tiré, ont enseigné que la cession, qui se trouve à la base de la lettre de change, n'est point soumise aux règles du droit commun, notamment, à l'application de l'article 1690 du Code civil. Le porteur de la lettre de change, d'après eux, devient propriétaire de la provision par la simple transmission de la lettre de change.

Comme les deux opinions se rattachent à l'idée de cession, ce n'est pas du système qui exige l'acceptation du tiré, par application de l'article 1690 du Code civil, qu'il sera question ici ; c'est la doctrine qui se fonde sur la délégation, qui, pour être parfaite, doit être acceptée par le délégué, que nous nous proposons d'exposer.

Il convient de remarquer, tout d'abord, que les représentants du système subordonnant l'acquisition par le porteur de la traite d'un droit exclusif sur la provision, à l'acceptation

de la lettre de change par le tiré, invoquent à l'appui de leur thèse des considérations d'équité.

L'équité, disent ces auteurs, suffirait à elle seule pour justifier le système enseigné par eux. En effet, une fois la traite acceptée, le tireur ne peut plus avoir un droit sur la provision en considération de laquelle le tiré s'est engagé envers le preneur. Le tiré n'a contracté d'obligation à l'égard de ce dernier que sur la foi de la garantie que constitue la provision ; il ne peut, en conséquence, être obligé de s'en dessaisir tant que son engagement subsiste ; à partir de l'acceptation, la provision est donc perdue pour le tireur, et elle est indirectement affectée à la sûreté du porteur (1). La solution contraire, ajoutent ceux-ci, serait très inique pour le tiré. En acquittant, à l'échéance, la lettre de change revêtue de l'acceptation, le tiré paye sa dette à lui, mais il a de ce chef un recours contre le tireur. Si l'on considère que le tireur est resté propriétaire de la provision, dans le cas où il viendrait à tomber en faillite, le syndic aura la faculté de réclamer du tiré la restitution intégrale de cette provision, et celui-ci ne pourra pas lui opposer l'exception tirée de la compensation, la faillite empêchant la compensation de s'opérer. La situation sera donc la suivante : d'un côté le tiré sera obligé de payer le porteur ; il sera d'un autre côté tenu de restituer au syndic du tireur la totalité de la créance formant la provision, et devra concourir au marc le franc pour la créance acquise contre le failli par suite du paiement de la lettre de change (2).

La solution qu'impose l'équité et qui consiste à refuser au tireur, ou à ses créanciers, le droit de retirer la provision des

1. V. Thaller, *op. cit.*, n° 1446 ; Boistel, *Cours de dr. comm.*, n° 772., p. 524 ; Bravard Veyrières et Demangeat, *Traité de la lettre de change*, p. 471 ; Ruben de Couder, *Dict. de droit commerc.*, t. V, n. 266.

2. V. M. Percerou, *Cours de dr. comm.*, année 1919-1920. Il nous semble cependant que, dans une pareille hypothèse, le tiré pourrait opposer au syndic agissant en restitution de la provision l'exception tirée de la compensation, étant donné qu'il existe, entre la dette et la créances du tiré, un lien de connexité (*debitum cum re junctum*). V. Thaller, *Faillites*, t. II, n. 867 ; Lacour, *op. cit.*, n. 1727 ; V. aussi Caen, 27 juin 1874. S. 1879. 2. 145. Il est vrai que l'espèce visée par ce dernier arrêt diffère sensiblement de notre hypothèse ; mais, dans sa note, M. Labbé fait observer que la décision rendue dérive d'une idée générale qui comported'autres applications ; Cf. Cass., 8 juill. 1862. S. 1863.1.196.

moins du tiré acceptant, peut s'obtenir, d'après M. Thaller, en faisant jouer l'institution bien connue de la délégation.

En effet, l'éminent auteur est d'avis que le mécanisme de la lettre de change s'expliquerait par la délégation. Avant de créer la lettre de change, le tireur était débiteur d'une somme d'argent envers le preneur. L'existence de cette dette, dont la source importe peu (à la condition qu'elle soit licite) est certifiée par le tireur dans le corps de la traite par la mention de la valeur fournie (1). D'autre part, ce tireur a constitué provision chez le tiré. Il acquiert de ce fait une créance contre ce dernier du même montant et à la même échéance que celle de sa dette envers le preneur. Il donnera à son débiteur, c'est-à-dire au tiré, l'ordre de promettre et de payer pour lui. La présentation de la traite à l'acceptation et l'acceptation de cette traite ne seront pas autre chose que l'acceptation d'une délégation. Le paiement de cette traite à l'échéance sera le paiement d'une délégation (2).

La délégation suppose, comme en matière de lettre de change, trois personnes et « tend à entrecroiser deux rapports « de droit, de manière à substituer un mode de règlement « unique à deux règlements, à remplacer une ligne brisée « par une ligne directe, et à permettre à un individu de cou- « vrir par une valeur active qui est à son compte chez un « deuxième individu sa situation passive chez un troisième (3) ».

L'éminent auteur résume en deux applications distinctes les différents offices que cette institution est en mesure de remplir.

1^o Pierre a à recevoir une somme d'argent de Paul; cette somme est due actuellement à Pierre ou encore Paul s'offre présentement à la lui servir. La créance est liquide. D'autre part, Pierre veut faire tradition d'une semblable somme à Jean; il la lui doit, ou il s'offre à la lui procurer. Au lieu d'aller toucher la somme chez Paul pour la verser ensuite à Jean, Pierre donne à Paul l'ordre de payer pour lui l'argent

1. Cette mention n'est plus exigée depuis la loi du 8 février 1922.

2. *Annales de Dr. comm.* (1906), p. 115 et suiv.

3. Thaller, *loc. cit.*

à Jean. Un seul versement en résumera deux. Cette opération qu'on appelle délégation à effet de payer, n'implique point de la part du délégué une prise d'engagement, mais une prestation immédiate, sitôt que le délégataire se présentera chez lui.

Cette fonction est celle que la lettre de change était primitivement appelée à remplir, lorsqu'elle fut créée pour économiser l'emploi de l'argent et pour éviter des déplacements utiles de numéraire.

2^e Pierre est créancier de Paul, mais sa créance n'est pas exigible. Par ailleurs, Pierre est tenu d'une dette envers Jean, et cette dette est à terme comme la créance de Pierre. Pierre va donner l'ordre à Paul, dont il est le créancier, de prendre envers Jean, dont il est le débiteur, un engagement de même montant et de même échéance que l'engagement dont Paul est tenu envers Pierre. Cette délégation s'appelle délégation-promesse.

Cette deuxième délégation ne tend pas, comme la première, à simplifier deux paiements et, à supposer qu'elle vise indirectement ce résultat, ce ne sera que lorsqu'il y aura lieu de procéder à une liquidation, c'est-à-dire au moment où les dettes deviendront exigibles. Ce résultat ne se produira qu'à une époque lointaine.

A la différence de la délégation à effet de payer, la délégation-promesse, d'après M. Thaller, aurait pour but de fournir du crédit à la personne qui s'en sert, en s'appuyant sur un correspondant ou sur un débiteur. Or, dit le savant auteur, la lettre de change n'est autre chose qu'une délégation renfermée dans un titre, puisque c'est en vue de remplir ce but qu'elle est utilisée dans le monde du commerce.

D'après le droit commun, il faut, pour que la délégation s'opère, que le délégué accepte d'avoir comme créancier le délégataire à la place du délégant. Par suite de cette acceptation de la délégation par le délégué, le délégataire acquiert, dit-on, une action directe contre celui-ci. Cette action existe aussi bien lorsque le délégant est créancier du délégué que lorsqu'il ne l'est pas. Seulement, comme dans la première hypothèse, la créance primitive du délégant envers le délé-

gué n'est par éteinte, le délégataire s'en trouve par surcroît investi. Ainsi, le délégataire aurait donc deux actions distinctes : une première action sanctionnant le droit résultant de l'acceptation de la délégation par le délégué et une seconde action sanctionnant le droit sur la créance du délégant contre le délégué, créance qui se trouve tacitement cédée au délégataire avec toutes ses sûretés et tous ses défauts, sans qu'il ait eu besoin d'en faire la signification au délégué (1).

D'après M. Thaller, il y aurait lieu d'appliquer le même raisonnement à la lettre de change car, dit-il, pour que la traite puisse produire ses effets, il faut qu'elle soit acceptée par le tiré ; Cette acceptation est la clef de la lettre de change.

La traite une fois acceptée, la créance du tireur contre le tiré, c'est-à-dire la provision, reste assoupie aussi longtemps que la traite est en circulation ; « elle est trainée en remorque » de l'opération dévolue au bénéficiaire de la délégation », c'est-à-dire au preneur de la lettre de change. Cette créance tombe dans le patrimoine du preneur, non pas à titre définitif ; elle revient au patrimoine du tireur si celui-ci est obligé pour une raison quelconque d'acquitter au preneur le montant de la lettre de change. D'autre part, par suite de l'acceptation de la traite par le tiré, le preneur acquiert contre celui-ci une créance qui constitue la vraie créance cambiaire. Une fois que la traite est acceptée, le preneur de la lettre de change peut invoquer désormais ou bien la créance directe née de l'acceptation et échappant aux vices inhérents à la dette du tiré envers le tireur, ou, s'il y trouve avantage, la créance du tireur tacitement cédée (2).

Il est aisé de remarquer que, par le raisonnement qui vient d'être exposé, la théorie de la délégation n'explique la question de la propriété de la provision qu'en conférant au preneur de la traite, contre le tiré, deux actions distinctes ; une action de change résultant de l'acceptation, et une autre action sanctionnant les droits que le tireur avait contre le tiré et qui sont cédés au preneur, du moins implicitement.

1. V. Hubert, *Essai d'une théorie juridique de la délégation*. Th. Montpellier, 1899, p. 179.

2. V. Thaller, *Traité élém. de dr. comm.*, n° 1446.

Il importe d'observer que la deuxième action n'entrera dans le patrimoine du preneur (d'une façon provisoire, il est vrai), que si la traite est acceptée ; celui-ci n'aura, par conséquent, aucun recours contre le tiré non-acceptant.

Cette théorie croit trouver un appui sérieux sur la jurisprudence. Cependant, il nous semble que les tribunaux n'accordent pas au délégataire deux actions contre le délégué lorsque celui-ci est débiteur du délégant : à savoir une action résultant de l'acceptation de la délégation et une autre action sanctionnant les droits sur la créance du délégant contre le délégué, droits qui sont tacitement cédés au délégataire. En effet, si l'on examine les arrêts de jurisprudence, et notamment, le jugement de Nantua cité par MM. Thaller et Hubert, on remarque que le délégataire n'est investi que des droits que le délégant peut avoir contre le délégué avant la délégation. Ce jugement porte dans ses considérants :

« Attendu que l'effet de la délégation consiste nécessairement à mettre le délégataire aux lieu et place du délégant et à l'investir exclusivement de tous les droits compétant à ce dernier à l'égard du délégué ; que, dès l'acceptation de la délégation, la créance déléguée et ses accessoires, en l'espèce, le prix privilégié de vente, cessent en quelque sorte de faire partie du gage commun des créanciers du délégant pour devenir le gage spécial, le droit exclusif du délégataire (D. 91. 2. 247) ».

Les motifs rapportés ci-dessus mettent suffisamment en relief les effets de la délégation. D'après le tribunal de Nantua, le délégataire se met nécessairement aux lieu et place du délégant, et acquiert exclusivement tous les droits que celui-ci a contre le délégué. La doctrine qui se dégage nettement du jugement, c'est que la cession qui, d'après M. Thaller, ne s'opère que tacitement et accessoirement au droit qu'acquiert le délégataire contre le délégué, constitue l'objet essentiel de la délégation (1). Cela est d'autant plus exact que les arrêts rendus en matière de délégation ne parlent que de

1. Cass., 23 nov. 1898. S. 99. 1. 465 et la note de M. Wahl ; 12 juillet 1879. S. 1892. 1. 297 et la note de M. Garsonnet.

cession et de transport au profit du délégataire de la créance du délégant contre le délégué. On lit, en effet, dans un arrêt rendu par la Cour de cassation en date du 12 août 1879 (S.1880.1.58) :

« Attendu que Sorean débiteur des défendeurs à la Cassa-
« tion, pour assurer le remboursement des sommes qu'il leur
« devait respectivement, leur a transporté semblable capital
« sur sa créance envers Renault, les subrogeant dans ses
« droits et privilèges en résultant ; que les défendeurs à la
« Cassation ont accepté ces transports et les ont fait signifier
« à Renault, débiteur cédé qui les a lui-même acceptés. Attendu
« que ces divers actes de transport renferment tous les carac-
« tères légaux d'une subrogation parfaite, qui, sans opérer
« novation, a eu pour effet de transférer aux délégataires la
« propriété des portions de créance qui leur ont été respecti-
« vement déléguées. »

Cela ne doit pas nous surprendre. En effet, la délégation qui est une institution bien vieille, n'est plus utilisée par le droit moderne pour opérer le transfert d'une créance ; son usage actuel se réduit à opérer une cession de dette. « La cession qui était une délégation, dit M. Gide, a cessé d'être une délégation ; elle est devenue une aliénation directe (1). »

Pour établir que le délégataire acquiert deux actions contre le délégué, lorsque le délégant a une créance contre ce dernier, M. Hubert s'appuie, semble-t-il, sur cette considération que la jurisprudence reconnaît au délégataire une action directe contre le délégué dans l'hypothèse où le délégant n'a aucun droit de créance contre le délégué.

Si nous l'avons bien compris, le raisonnement de M. Hubert est le suivant :

Primus délègue Secundus à son créancier, Tertius. Secundus n'est pas débiteur de Primus. Secundus accepte la délégation. Du fait de cette acceptation, Tertius acquiert un droit direct contre Secundus. Si, d'autre part, Primus possède une créance contre Secundus, cette créance passe, par suite

du mécanisme de la délégation, à Tertius qui peut exercer alors l'une ou l'autre des deux actions.

Cependant, il nous semble que, même dans l'hypothèse où le délégant n'aurait aucune créance contre le délégué, au moment où il fait la délégation, le délégataire acquiert le droit contre le délégué du chef du délégant. Le délégant, il est vrai, n'a pas de créance contre le délégué avant l'acceptation de la délégation par ce dernier ; mais on peut dire qu'en acceptant cette délégation, le délégué a consenti un prêt au délégant, prêt que celui-ci a sollicité en faisant la délégation ; le délégant cède donc au délégataire la créance résultant de ce prêt et l'action dont dispose le délégataire contre le délégué, n'est autre chose que la sanction du droit résultant de ce prêt et conféré au délégataire.

D'autre part, M. Hubert a cru voir dans la jurisprudence relative aux lettres de change une application de son système. « On sait, en effet, dit-il, que, d'après nos tribunaux, « l'émission de lettre de change a pour conséquence de transférer au porteur la propriété de cette créance du tireur « contre le tiré, c'est-à-dire de la provision. Le porteur, outre « la possibilité d'agir par les voies du change, a donc de « plus, et avant même que le tiré ait accepté, un droit acquis « sur la provision (1). »

Il nous semble que M. Hubert reconnaît au porteur d'une traite le droit d'agir par la voie du change avant même que la traite soit acceptée. Cependant, le porteur ne peut agir contre le tiré non acceptant qu'en qualité de cessionnaire du tireur et exercer contre lui que les droits du tireur, c'est-à-dire du cédant. Par contre, le porteur n'a aucune action de change contre le tiré, tant que celui-ci n'a pas accepté la traite ; il n'en a pas non plus une contre le tireur (du moins jusqu'à l'échéance), dont il ne peut demander qu'une caution. Il n'a contre le tiré que l'action que le tireur lui a cédée et qui constitue la sanction de la créance que le tireur avait contre le tiré ; à cette action, le tiré pourra opposer toutes les exceptions qu'il avait contre le tireur. Toutefois, lorsque le tiré

1. V. *op. cit.*, n° 227 et s.

accepte la traite, cette action devient la sanction d'un droit cambiaire et acquiert, par conséquent, plus de rigueur ; mais elle ne se double pas d'une autre action résultant de l'acceptation.

On reproche à la théorie de la délégation de ne pas pouvoir expliquer toujours le mécanisme de la lettre de change. Dans la délégation, fait-on observer, le délégué est toujours débiteur du déléguant ; tandis qu'en matière de lettre de change, le tiré n'a pas toujours provision, c'est-à-dire qu'il n'est pas toujours débiteur du tireur (1) ; de même dans la délégation, le trait caractéristique, c'est l'engagement pris par le délégué envers le délégataire ; or cet engagement n'est pas toujours pris par le tireur envers le porteur, car bien souvent la traite n'est pas revêtue de l'acceptation du tiré (2).

D'autre part, la théorie de la délégation ne paraît pas écarter certaines des objections que l'on a adressées aux systèmes étudiés précédemment (3). Envisagée surtout au point de vue du transfert de la provision, cette doctrine, loin de simplifier le mécanisme de la lettre de change, le complique davantage, en faisant intervenir, en dehors de la délégation, l'idée d'une cession tacite.

1. V. *infra*, p. 46.

2. V. A. Wahl, *Précis théorique et pratique de Dr. Comm.*, 1922, n° 1795.

3. V. Lacour, *op. cit.*, t. 2, p. 44, note 2. — A. Wahl, *Des Titres au porteur*, n° 280, note 4.

CHAPITRE III

ETUDE DE LA JURISPRUDENCE

Nombreuses sont les critiques que l'on adresse au Code de commerce de 1807 ; on dit qu'il est vieux et que ses dispositions, qui furent édictées pour satisfaire aux besoins du début du xix^e siècle, ne remplissent plus utilement leur rôle à une époque où ces besoins ne sont plus les mêmes. Ces critiques seraient justifiées si les textes du Code de commerce, que des lois postérieures n'ont pas modifiés, étaient appliqués littéralement.

La jurisprudence, dont on connaît les innovations dans le domaine du droit commun et grâce auxquelles le Code civil de 1804 a pu conserver toute sa valeur, malgré le siècle qu'il a derrière lui, n'a pas manqué d'apporter à certaines institutions du Code de commerce les modifications imposées par la pratique ; suivant pas à pas les besoins du commerce, elle est arrivée bien des fois à admettre ou à créer des solutions que le législateur n'a fait que consacrer.

Ces solutions, il faut le reconnaître, ne s'acquièrent pas sans rencontrer des difficultés. Il y a, en effet, des cas où la jurisprudence est amenée à construire des systèmes qui s'expliquent difficilement en théorie et qui soulèvent, par conséquent, de graves controverses ; mais les critiques s'apaisent avec le temps, et l'usage finit par avoir le dessus.

La théorie de la propriété de la provision, elle aussi, est l'œuvre de la jurisprudence.

Les tribunaux n'ont pas adopté d'emblée le système qui est aujourd'hui le leur. Evoluant lentement, la jurisprudence a passé par trois phases successives.

Il n'est pas possible, d'après nous, de situer avec précision

chacunes de ces phases. Toutefois, ce qu'il y a de certain, c'est que, dans un arrêt du 22 novembre 1830, la Cour de cassation a décidé, pour la première fois, que la provision faite chez le tiré est acquise au preneur de la lettre de change, à l'instant même de la transmission du titre, de telle sorte que la faillite du tireur survenue postérieurement ne peut enlever au premier son droit sur la provision (1).

Nous étudierons successivement dans la première section du présent chapitre, les trois stades de l'évolution de cette jurisprudence.

SECTION I

Étude des différentes phases de la jurisprudence

§ I. — *Le porteur n'acquiert un droit exclusif sur la provision que dans le cas où il y a affectation spéciale de cette provision.*

Les arrêts contemporains de la publication du Code et ceux légèrement postérieurs, adoptant la théorie du mandat, décidaient que l'émission, ou l'endossement d'une lettre de change, n'opérait pas transfert de la provision au profit du porteur de la traite. D'après les tribunaux, la provision restait dans le patrimoine du tireur qui pouvait en disposer librement, jusqu'au jour de l'échéance ; si le tireur tombait en faillite avant cette date, le porteur n'avait que les droits d'un créancier chirographaire et ne pouvait, par conséquent, se faire attribuer la totalité de la provision, au détriment de la masse des créanciers (2).

L'obligation pour le tireur de faire provision, déclarent ces arrêts, ne se pose que dans ses relations avec le tiré. D'autre part, le tireur ne se trouve engagé vis-à-vis du porteur que

1. *J. P.* n° 23, p. 855.

2. Aix, 12 juin 1823, *Rep. Dalloz*, v. Lettre de change n° 226. — Toulouse, 20 mars 1830 ; Paris 18 avril 1833, *R. D.*, v° cit., n° 223.

daus les liens d'une obligation personnelle, indépendante de l'obligation existant entre le tireur et tiré et, par conséquent, complètement étrangère à la provision.

Cette doctrine se dégage nettement d'un arrêt rendu par la Cour de cassation belge en date du 29 janvier 1846. Les considérants de cet arrêt portent (1) :

« Attendu que le contrat de change et la lettre de change, « qui n'en est qu'un mode d'exécution, ne renferment qu'une « obligation de faire de la part du tireur en faveur du preneur, « qu'un véritable contrat *do ut facias*, par lequel le tireur, au « moyen d'une valeur convenue, s'oblige envers le preneur à lui « faire toucher une somme déterminée dans une autre place, à « l'échéance de la lettre de change ; que celle-ci, en donnant « au preneur le moyen de prouver l'existence du contrat de « change et de se faire reconnaître par le tiré, contient, pour « ce dernier, un mandat de compter pour le tireur la somme « indiquée en la lettre de change ; qu'il suit déjà de ce qui précède que ni le contrat de change ni la lettre de change ne « participent de la cession d'une créance, cession qui suppose « l'existence de cette dernière. »

Néanmoins, les tribunaux admettaient que la volonté des parties pourrait, en vertu des règles du droit commun, réserver spécialement la provision au paiement de la traite.

Pour que l'affectation fût valable, la volonté du tireur seule était insuffisante : il fallait aussi l'intervention du tiré, car, disait-on, la situation de celui-ci, qui est détenteur de la provision, pourrait se trouver empirée à la suite de cette affectation. Aussi, le porteur de la lettre de change n'acquerrait un droit exclusif sur la provision que si le tiré avait donné son adhésion à cette affectation (2).

Les décisions judiciaires n'étaient pas toutes d'accord, en ce qui concerne la forme sous laquelle cette adhésion devait être acquise en fait.

D'après une jurisprudence ancienne, le tiré devait souscrire

1. Cass. belge, 29 janvier 1846. D. 46.2.229.

2. V. Cass., 9 juillet 1840. J. P., 1841.1.78. S. 1840.1.969 ; 19 janv. 1847, D. 1847.1.109.

d'une façon expresse à la convention qui avait pu intervenir à cet égard entre le preneur et le tireur. Certaines cours d'appel, se montrant encore plus exigeantes, enseignaient que l'affectation de la provision devait être mentionnée dans le corps même de la lettre de change, laquelle devait, en outre, porter l'acceptation du tiré (1).

Plus tard, on a décidé qu'une notification faite au tiré de l'accord intervenu entre le tireur et le preneur, relativement à l'application de la provision au paiement de la lettre de change, validerait cette affectation. Si cet accord ne causait aucun préjudice au tiré, celui-ci ne refusait pas de signer la traite, qui lui était présentée pour l'acceptation. Aussi, la jurisprudence considérait que le fait d'accepter la traite, après avoir été averti de l'affectation de la provision, constituait de la part du tiré un acquiescement à cette affectation (2).

La provision faite entre les mains du tiré n'était donc irrévocablement affectée au paiement de l'effet que si celui-ci était accepté. Dans le cas contraire, elle restait dans le patrimoine du tireur, et, dans l'hypothèse d'une faillite de ce dernier, le porteur était obligé de produire à la faillite pour le montant de sa créance.

Il convient d'observer que, pour déterminer le sort de la provision, cette jurisprudence n'envisageait pas l'acceptation du tiré en elle-même, mais en tant que constituant l'adhésion de celui-ci à l'accord intervenu entre le tireur et le preneur de la traite relativement à l'affectation de la provision. Aussi, était-il nécessaire que l'acceptation fût précédée de cet accord qui devait être porté, par un moyen quelconque, à la connaissance du tiré.

Il n'est nullement besoin d'insister sur les difficultés et les causes de retard auxquelles donnait lieu l'accomplissement des formalités requises par la jurisprudence, afin d'appliquer la provision exclusivement au paiement de la lettre de change ; la nécessité de conclure un accord et l'obligation d'avertir le

1. V. Caen, 27 mars 1832 sous Cass, 3 août 1835. D. 35.1.348.

2. Toulouse, 17 avril 1821, S. 22.2.2. — Cass, 9 juin 1841. S. 1841.1.705 — Cass. 19 juin. D. 1847.1.109.

tiré de l'existence de cet accord, constituaient autant d'entraves pour la circulation de la lettre de change. Les tribunaux, modifiant leur manière de voir, adoptèrent un système moins rigoureux. Ce système constitue la deuxième phase de l'évolution de la jurisprudence.

§ 2. — *Le porteur n'acquiert la propriété de la provision que si la lettre de change est acceptée par le tiré.*

En vue de simplifier sa doctrine, la jurisprudence décida que, pour fixer les droits respectifs du tireur et du porteur sur la provision, il fallait rechercher simplement si la lettre de change portait ou non l'acceptation du tiré. Cependant, cette acceptation ne devait pas être considérée comme constituant l'adhésion du tiré à l'affectation de la provision au paiement de la traite; aussi les parties impliquées dans la lettre de change n'étaient nullement obligées de convenir spécialement de l'affectation, étant donné que la provision était réputée avoir quitté définitivement le patrimoine du tireur, dès le moment où le tiré se trouvait engagé envers le porteur de l'effet à raison de son acceptation (1).

La jurisprudence subordonnait, à l'acceptation de la lettre de change par le tiré, l'attribution de la propriété de la provision au porteur, non pas parce qu'elle voyait à la base de cet effet de commerce une cession qui, pour être valable à l'égard des tiers, doit être acceptée par le débiteur cédé, conformément à l'article 1690 du Code civil, ou une délégation qui n'est complète que si elle est acceptée par le délégué. Les arrêts furent amenés plutôt à exiger cette condition en vue d'enlever au tireur, d'une façon indirecte du moins, le droit, que lui avait reconnu une jurisprudence solidement établie, de disposer de la provision jusqu'à l'échéance.

En apposant sa signature sur la lettre de change, le tiré s'engage personnellement envers le preneur. Une fois la traite

1. Paris, 16 juin 1828; Bruxelles, 19 février 1829; Bordeaux, 28 avril 1833 Cass. belge 25 juin 1840, Rep. D. v° cit., n°s 224, 226 et 228. Adde: Fréméry *op. cit.*, p. 139 — Horson, *op. cit.*, t. 1, question 64.

acceptée, celui-là ne pourra se dessaisir de la provision qu'à ses risques et périls, car il a dans cette provision un moyen de se couvrir des débours qu'il doit faire pour acquitter la lettre de change acceptée, c'est-à-dire pour exécuter l'obligation qu'il a contractée envers le porteur et pour le compte du tireur. Comme très souvent, le tiré n'accepte la lettre de change que parce qu'il a reçu ou qu'il espère recevoir une provision du tireur, il est très certain qu'il décline après l'acceptation l'offre du tireur de lui restituer la provision, qui constitue pour lui une garantie sérieuse.

Il est de toute évidence, que cette solution est conforme à l'équité. Le tiré s'est engagé en considération de la provision ; avant de se lier envers le preneur, il a compté sur les deniers que le tireur a promis de lui envoyer, afin d'assurer le payement de l'effet à l'échéance. Si, après avoir fourni provision, le tireur pouvait contraindre le tiré à la lui restituer, celui-ci serait obligé de supporter les conséquences d'une insolvabilité du tireur, ce qui serait injuste car, après avoir restitué la provision et acquitté la lettre de change, il n'aurait de recours contre le tireur qu'à titre de créancier ordinaire, et ne toucherait, en cas de faillite de ce dernier, qu'un dividende sur le montant d'une créance, qui a sa cause dans l'existence d'un passif.

Il convient de remarquer que cette théorie se justifie aisément lorsqu'il s'agit de fixer le droit du tiré sur la provision ; elle n'explique pas cependant l'attribution de cette provision au porteur de la traite. Aussi, n'a-t-on pas manqué de reprocher à cette jurisprudence de reconnaître à l'acceptation le pouvoir de créer un droit réel au profit du porteur, et de supposer chez le tiré la capacité de changer la nature des engagements du tireur.

Sentant le poids de l'objection, les tribunaux essayèrent de justifier leur doctrine en s'appuyant, notamment, sur le droit de rétention qu'on s'accordait à reconnaître au tiré acceptant, et qui s'exerçait sur la provision.

On ne saurait mieux fixer la portée de cette justification qu'en rapportant les considérants d'un arrêt. de la Cour

de Toulouse, en date du 17 avril 1821 (S. 1822.2.2.) qui est ainsi conçu :

« Attendu dès lors que si cette provision, qui n'est pas
« obligée, existe d'ailleurs à cette époque, ou est faite par le
« tireur avant l'échéance, elle demeure sa propriété jusqu'au
« moment de l'échéance, seule époque où le porteur acquiert
« un droit réel sur la provision existante, comme cela résulte
« des dispositions des articles 116 et 170 du Code de commerce

« Que le seul moyen donné au porteur d'assurer avant
« l'échéance le paiement de la lettre, au moyen d'une provi-
« sion préexistante, est de présenter la lettre à l'acceptation,
« non que le tiré puisse être contraint par le porteur de four-
« nir son acceptation, mais parce que, si elle est fournie, l'ac-
« cepteur trouve dans la provision un gage qu'il est autorisé à
« retenir, *et dont le privilège s'étend indirectement au porteur* ;
« mais que ce gage, ce privilège, sont si peu personnels au
« porteur, que, dans le cas de faillite de l'accepteur, le por-
« teur n'a à faire valoir contre le failli que les droits résultant
« d'une créance ordinaire, sans pouvoir prétendre que la pro-
« vision était une sorte de dépôt entre les mains de l'accep-
« teur. »

D'après la doctrine qui se dégage de cet arrêt, c'est le tiré seul qui a un droit de rétention sur la provision qui se trouve entre ses mains ; celui-ci acquiert ce droit à raison de l'obligation qu'il contracte envers le porteur de la lettre de change, en revêtant celle-ci de son acceptation. Comme après l'acceptation, le tiré ne peut pas être dépouillé de cette provision, à moins qu'il n'y donne son consentement, il s'ensuit que le porteur se trouve investi, par voie de conséquence, d'un droit de préférence par rapport aux autres créanciers du tireur puisque, à l'échéance, le tiré aura intérêt à acquitter entre les mains du porteur, c'est-à-dire de son créancier, le montant de la traite.

D'autre part, pour mieux mettre en relief cette idée, que le privilège est propre à la personne du tiré et que l'acceptation donnée par celui-ci ne modifie nullement la nature de l'obligation contractée par le tireur envers le preneur, la Cour de Toulouse a cru devoir ajouter que le porteur ne pourra

faire valoir, en cas de faillite du tiré, aucun droit exclusif sur la provision ; celle-ci devant revenir à la masse, le porteur sera tenu de produire à la faillite pour le montant de sa créance et se contenter, par conséquent, d'un dividende.

Ce deuxième système n'était pas aussi complexe que le précédent ; cependant, il faisait dépendre de la volonté du tiré l'acquisition par le porteur d'un droit exclusif sur la provision. En outre, malgré l'acceptation de la traite par le tiré, le droit conféré au porteur de la traite n'était pas assez large, puisque, en cas de faillite du tiré, celui-là devait, dans tous les cas, subir le concours des autres créanciers du tiré.

Prenant en considération les inconvénients de ce système qui ne satisfaisait pas largement aux besoins de la pratique, les tribunaux admirèrent une autre solution qui ne tarda pas à faire jurisprudence.

§ 3. — *La provision se transmet par la simple émission de la lettre de change ou par son endossement*

Passant par une troisième et dernière phase, la jurisprudence n'exigea plus, pour reconnaître au porteur un droit exclusif sur la provision, l'intervention du tiré sous forme d'acceptation. Cette solution avait déjà été admise par quelques arrêts, légèrement postérieurs au Code de commerce, lesquels s'appuyaient sur des décisions antérieures à la codification de 1807 et rendues sous l'empire de l'ordonnance de 1673. Mais elle n'avait pas fait jurisprudence (1). Ce n'est que depuis une soixantaine d'années que les tribunaux ont définitivement adopté ce système.

D'après le système actuel de la jurisprudence, consacré par la loi du 8 février 1922, l'émission ou l'endossement de la lettre de change entraîne le transfert de la propriété de la provision sur la tête du porteur. On ne s'occupe plus de la question de savoir si la traite est acceptée ou non. Désor-

1. Cass., 25 juin 1825. *J. P.*, 1826, 289 ; 22 nov. 1830. *J. P.*, 1831, 5 ; 15 févr. 1832. *J. P.*, 1832, 527.

mais, la provision est considérée comme sortant du patrimoine du tireur, dès que celui-ci émet une lettre de change : cette provision, qui est entrée dans le patrimoine du preneur, lequel est le premier ayant cause du tireur, se transmettra aux porteurs successifs de l'effet par l'endossement (1). Le porteur de la lettre de change acquiert donc la propriété de cette provision antérieurement à l'acceptation et indépendamment de son intervention (2).

Pour justifier sa manière de voir, la jurisprudence invoque les arguments sur lesquels s'étaye le système qui voit à la base de la lettre de change une cession de créance ; seulement, cette cession de créance n'est pas soumise aux règles de l'article 1690 du Code civil, et cela, en raison de la célérité qu'exigent le droit commercial ainsi que le droit du change (3).

Un arrêt de la Cour de Bordeaux en date du 3 juin (*J. P.*, 1841.2.287) exprime en des termes précis la doctrine de cette jurisprudence. Cet arrêt porte dans ses considérants :

« Attendu que cette provision était devenue la propriété
« du porteur de la lettre de change, et que, par conséquent,
« elle ne pouvait appartenir à l'actif du failli Lecourt ; qu'en
« effet, la lettre de change est un acte par lequel le tireur
« fait cession au donneur de valeur d'une somme qu'il a dans
« un autre lieu et dans les mains d'un tiers, laquelle somme
« est égale à celle qu'il vient de recevoir ; qu'il y a dans un
« pareil contrat cession, transport de créance, au profit de
« celui qui a fourni la valeur ; que ce transport, aux termes
« d'une jurisprudence devenue incontestable, a l'effet de
« dépouiller le tireur de la propriété de la somme cédée pour

1. Rouen, 20 août 1845. D. 1846.2.108. — Civ. Cass., 19 nov. 1850. D. 1854.5.286 ; 20 juin 1854. D. 1854.1.305. — Douai, 4 déc. 1897. D. 1900.2.234. — Limoges, 16 juillet 1898. D. 1901.2.318. — Rouen, 11 nov. 1903. D. 1906.2.233. — Paris, 31 mai 1906. D. 1907.2.10. — *Contra* : Marseille, 13 mars 1908, *Rec. Marseille*, 1908.1.258.

2. Les tribunaux appliquent le même système en matière de chèques. V. Cass., 7 mars 1882 S. 1883.1.241 ; 15 mars 1905. D. 1905.1.307. *Addé* : Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. IV, p. 395. — Pierre Haour, *op. cit.*, p. 162 et s.

3. Les législations récentes ont d'ailleurs une tendance à dégager la cession de créance des formalités de l'art. 1690 du C. civ. — V. Code fédéral des obligations, art. 165. — Code civ. all. art. 437. — C. civ. néerlandais, art. 1569 et s.

« en investir la personne qui en a fourni l'équivalent ; que la
« valeur cédée n'appartient plus au tireur ; cette valeur s'il
« vient à tomber en faillite, ne se trouve pas dans son actif.
« et, par conséquent, n'appartient pas à la masse ;

« Attendu que le fait de la non acceptation par le tiré ne
« peut exercer aucune influence sur les effets de la conven-
« tion qui s'est formée »...

Ainsi, d'après la décision de la Cour de Bordeaux, la lettre de change renferme une cession, au profit du preneur, de la créance que le tireur aura contre le tiré à l'échéance. Le transfert de la créance s'opère par la délivrance de la traite, sans que la non-acceptation puisse influencer en rien sur l'efficacité de la cession, même à l'égard des tiers. Le tireur s'étant dépouillé définitivement de la provision, ses créanciers ne pourront pas en demander la restitution dans le cas où il viendrait à tomber en faillite ; cette provision sera la propriété exclusive du porteur de la traite à l'échéance.

Toutefois, il importe de remarquer que les tribunaux n'appliquent pas rigoureusement la doctrine qui se dégage de l'arrêt précité de la Cour de Bordeaux. En effet, si la provision sortait d'une façon définitive du patrimoine du tireur, celui-ci n'aurait pas dû pouvoir en disposer après l'émission de la lettre de change. Or, les arrêts, se basant sur l'article 116 *in principium* du Code de commerce, s'accordent à reconnaître au tireur le droit de disposer de la créance constituant la provision, en modifiant sa destination (1).

Il y a là une véritable contradiction que les adversaires du système n'ont pas manqué d'invoquer à l'appui de leur thèse.

En adoptant une pareille solution, la jurisprudence s'est souciée spécialement d'assurer le payement de la traite à l'échéance. Il est de toute évidence, que le porteur est sûr d'être payé à l'échéance tant que le tireur est solvable. Si, pour une raison quelconque, le tiré refuse d'acquitter la traite qui lui est présentée pour le payement, le porteur

1. Paris, 18 avril 1833, R. D., V^e cit., n^o 223. — Bordeaux, 28 avril 1835, R. D., V^e cit., n^o 226.

pourra se retourner toujours (à la condition qu'il ait accompli les formalités prescrites par la loi) contre le tireur, qui est garant du paiement de la lettre de change. Cette garantie fait complètement défaut au porteur lorsque le tireur tombe en faillite. Dans une pareille hypothèse, les tribunaux considèrent le tireur comme étant dépouillé de la provision, laquelle est devenue la propriété du porteur. Ainsi, l'existence de la provision chez le tiré, avant que le tireur dépose le bilan, présente un intérêt capital pour le porteur de la traite.

On pourrait dès lors se demander, non sans raison, si la garantie que le système de la jurisprudence, consacré par la loi du 8 février 1822, se propose d'accorder au porteur de la lettre de change, ne devient pas illusoire, en raison de la faculté dont dispose le tireur de retirer la provision des mains du tiré. Il est à remarquer aussi que ce retrait pourra être opéré plus facilement, lorsque la traite n'est pas acceptée, pour cette simple raison que le tiré, qui n'agit pas de mauvaise foi, ne voit aucun inconvénient dans la restitution de la provision, puisque, n'ayant pas accepté la traite, il ne se trouve pas obligé personnellement envers le porteur. Aussi, celui-ci serait donc privé de toute garantie.

Si le porteur de la lettre de change devait être incapable d'éviter un pareil état de choses, il est hors de doute que le système de la jurisprudence ne contribuerait en rien à l'assainissement de la circulation de la lettre de change. Bien au contraire, le porteur diligent, auquel la solvabilité du tireur ne paraît pas suffisante, pourra éviter la réalisation d'une pareille hypothèse, en faisant défense au tiré de se libérer en d'autres mains que les siennes. En procédant à un acte qui constitue une manifestation de volonté de sa part, le porteur sera saisi des sommes sur lesquelles la lettre de change lui donne un droit éventuel et privatif. Si cette précaution n'est pas prise, le tiré non acceptant pourra se libérer en d'autres mains, et le porteur n'aura plus rien à lui demander.

L'acte auquel doit procéder le porteur, pour empêcher le tiré de se dessaisir de la provision, ne doit pas consister nécessairement dans une saisie-arrêt ; une simple défense

faite à celui-ci suffira pour saisir le porteur d'une façon définitive de la provision (1).

Il n'est point besoin de faire remarquer qu'une défense au tiré devient superflue après l'échéance de la lettre de change. En effet, le porteur de la traite se trouve à ce moment investi d'un droit exclusif sur la provision ; ce droit, qui était éventuel au moment de l'émission de l'effet, est devenu définitif par l'arrivée de l'échéance (2).

SECTION II

Conséquences pratiques du système de la jurisprudence

§ 1. — *Conflit d'intérêts entre le porteur et les créanciers du tireur — Faillite du tireur*

Nous avons vu, au cours de l'exposé de la doctrine et de la jurisprudence, que le système du transfert de la provision, admis par les tribunaux et consacré par la loi du 8 février 1922, présente pour le porteur de la lettre de change un intérêt considérable dans le cas d'une cessation de paiements du tireur. En effet, d'après les arrêts, la provision qui se trouve chez le tiré tombe *de plano* dans le patrimoine du preneur par la simple émission de la lettre de change et se transmet aux porteurs successifs par l'endossement. Si, avant l'échéance de la traite, le tireur tombe en faillite, le syndic ne pourra pas réclamer la provision du tiré ; celle-ci sera attribuée au porteur de la traite jusqu'à concurrence du montant de la créance. Le porteur échappera donc à la loi du dividende.

Comme conséquence du droit exclusif sur la provision reconnu au porteur, les tribunaux décident que les créanciers

1. Cass. civ., 11 mai 1853. S. 1853.1.401. Req., 1^{er} juin 1858. S. 1858.1.807.

2. V. Cass., 2 juill. 1883. S. 1885.1.64.

du tireur ne peuvent faire une saisie-arrêt sur les valeurs que le tiré doit au tireur (1). Dans le cas d'une saisie-arrêt comme dans l'hypothèse d'une faillite du tireur, la jurisprudence prétorienne a voulu assurer au porteur le paiement de sa créance, dont le recouvrement intégral commence à devenir douteux, étant donné que le fait, que des créanciers du tireur ont dû saisir-arrêter une créance de leur débiteur, prouve à l'évidence que le tireur ne présente pas toutes les garanties de solvabilité.

§ 2. — *Conflit d'intérêts entre le porteur et le tiré*
Faillite du tiré

On peut concevoir aussi un conflit d'intérêts : 1^o entre le porteur et le tiré et 2^o entre le porteur et les créanciers du tiré.

I. *Conflit entre le porteur et le tiré.* — Supposons que le tiré qui reçoit provision, soit créancier du tireur au moment de la création de la lettre de change, ou qu'il le devienne après l'émission et avant l'échéance de l'effet. Il est hors de doute que le tiré voudra bien appliquer au paiement de sa propre créance la valeur des marchandises ou d'autres biens que le tireur lui a envoyés pour faire provision. Cependant, d'autre part, la doctrine dominante décide que la provision devient la propriété du preneur par la simple émission de la lettre de change. Dans ces conditions, le tiré et le porteur de la traite prétendront à l'attribution exclusive de la provision. Un conflit surgira donc entre le porteur et le tiré. Comment ce conflit sera-t-il résolu ?

La question ne présente aucune difficulté, lorsque le tiré est déjà créancier au moment de l'émission de la lettre de change ; le porteur ne peut faire valoir aucun droit sur la provision, pour cette simple raison que le tiré n'avait pas pro-

1. Aix, 9 juill. 1828. S. 1830. 2.35. — Cass. civ., 19 nov. 1850. D. 54. 5. 286. — Trib. commerce. Seine, 10 août 1894, *Le Droit*, 5 sept. 1894. — Rouen, 7 févr. 1911. *Rec. Havre*, 1911. 2. 57. — M. Wahl déclare que cette solution découle de l'art. 149 du C. comm., V. *op. cit.*, n° 1947.

vision au moment de la création du titre; en effet, la créance que le tireur acquiert contre le tiré, à raison de l'expédition des marchandises ou d'autres valeurs, se trouve absorbée par la créance que le tiré avait contre le tireur; il s'opère donc une compensation qui empêche que la provision existe. Cependant, on peut éviter un pareil résultat, en affectant la provision au paiement de la traite; aussi faut-il, pour cela, qu'il y ait une stipulation expresse du tireur acceptée par le tiré (1). Ainsi, il n'y aura provision à l'échéance, et le porteur n'acquerra un droit exclusif sur cette provision, qu'autant que le tiré ne voudra pas user de la compensation qui peut s'opérer à son profit (2).

Quid si le tiré qui était débiteur envers le tireur au moment de la création de la lettre de change, devient créancier de celui-ci ultérieurement à l'émission du titre?

Dans une pareille hypothèse, on pourrait décider *prima facie* que le tiré ne puisse pas se retrancher derrière la compensation, pour refuser de payer au porteur le montant de la lettre de change. En effet, la provision qui existe au moment de l'émission de la traite, est transférée au preneur de l'effet par la simple transmission du titre; cette provision ne se trouve donc plus dans le patrimoine du tireur. Si, par la suite, le tiré devenait créancier du tireur, on ne saurait soutenir que la compensation ait eu lieu, puisque le tireur est dépouillé de la provision qui se trouve dans le patrimoine du preneur de la lettre de change.

Néanmoins, la jurisprudence décide qu'il n'y a pas de provision, lorsque la dette existant à charge du tiré vis-à-vis du tireur, au moment de la création de la traite, se trouve compensée, au jour de l'échéance, par une dette liquide et exigible à charge du tireur vis-à-vis du tiré (3).

Nous croyons que la solution de la jurisprudence peut se justifier pour les raisons suivantes :

1. Cass., 4 avril 1865. J. P. 1865. 373; 18 mai 1868. D. 68. 1. 323.

2. Cass., 9 juill. 1840. S. 1840. 1. 969; 9 juin 1841. S. 1841. 1. 705; Cass., 26 nov. 1872. D. 1872. 1. 436.

3. Cass., 4 avril 1865 D. 1865. 1. 233. — Cass. belge, 1^{er} juill. 1909. Pasier. 1909. 1. 336. — Marseille, 22 mai 1906. Rec. Marseille, 1906, 366.

a) Nous avons vu que les tribunaux reconnaissent au tireur le droit de disposer de la provision jusqu'à l'échéance. En s'obligeant envers le tiré postérieurement à l'émission de la traite, le tireur a entendu modifier la destination de la provision, en l'appliquant cette fois à l'extinction de la dette contractée envers le tiré. Le tireur a donc usé de la faculté que lui reconnaît la jurisprudence.

b) L'article 116 du Code de commerce stipule qu'il n'y a provision que lorsque à l'échéance, le tiré est débiteur d'une somme envers le tireur; or, à l'échéance, il n'y aura pas de provision, puisque le tireur ne disposera d'aucune créance contre le tiré, la créance primitive s'étant éteinte par compensation.

Il convient cependant de remarquer que le porteur est à même d'empêcher que la créance constituant la provision s'éteigne par voie de compensation; il lui suffit, pour cela, d'adresser au tiré une simple défense; si celui-ci, passant outre, devient créancier du tireur ultérieurement à la défense, il ne pourra plus opposer au porteur l'exception tirée de la compensation (1).

II. *Conflit d'intérêts entre le porteur et les créanciers du tiré.* — Un pareil conflit surgit en cas de faillite du tiré.

Comme nous l'avons déjà dit dans notre introduction, le système de la jurisprudence présente aussi un intérêt pour le porteur de la lettre de change, en cas d'une faillite du tiré. L'importance de la garantie dont bénéficie le porteur, dans une pareille hypothèse, se révèle davantage lorsque la traite a été acceptée. En effet, en donnant son acceptation, le tiré s'engage personnellement envers le porteur du titre; or, si celui-ci n'avait que le droit résultant de cet engagement, il est hors de doute qu'il serait obligé de venir en concours avec les autres créanciers du tiré failli. Cependant, les tribunaux considèrent le porteur comme étant le cessionnaire du tireur; ils lui reconnaissent, en conséquence, la faculté d'exercer contre le tiré les droits que le tireur avait contre celui-ci.

1. Cass. civ., 11 mai 1853. D. 1853.1.142 motifs; 1^{er} juill. 1850. S. 1858. 1. 807.

Le conflit d'intérêts naissant entre le porteur et les autres créanciers du failli sera réglé d'après les principes généraux ; la solution dépendra donc de la nature de la provision.

Si la provision consiste dans une simple créance d'argent que le tireur a contre le tiré, le porteur, qui n'est que l'ayant cause de celui-là, sera dans la même situation que les autres créanciers chirographaires du failli ; il aura donc droit à un dividende seulement. Par contre, la faillite du tiré ne portera aucune atteinte à la provision, et celle-ci sera attribuée entièrement au porteur de la lettre de change, toutes les fois qu'on pourra invoquer un droit de propriété au lieu d'un simple droit de créance. Il en sera ainsi, par exemple, lorsque le tireur aura fourni provision, en envoyant au tiré des marchandises pour les vendre, ou en lui remettant des effets pour l'encaissement, à la condition toutefois que les marchandises ou les effets de commerce existent chez le tiré le jour de la déclaration de la faillite (1). Ainsi, le porteur qui n'aurait pas été remboursé par le tiré, fera valoir ses droits à la provision malgré la faillite du tiré.

Nous pouvons illustrer par un exemple la règle qui vient d'être énoncée :

Un fabricant envoie à son commissionnaire des marchandises, qu'il charge de vendre pour son compte, et lui indique d'appliquer le prix de vente à telle traite. Avant même que les marchandises soient vendues, le commissionnaire dépose

1. V. Rouen, 11 nov. 1903 précité et la note de M. Percerou, D. 1906. 2.233. — *Addé* : Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. IV, n° 173. — Alauzet, *op. cit.*, t. IV, n° 1288. — Bédarride, *op. cit.*, n° 156. — *Contrà* Nouguiér, *op. cit.*, t. I, 301. L'auteur déclare que la solution ne doit pas être différente lorsque les marchandises ont été réalisées. « Au lieu des marchandises, écrit Nouguiér, le tiré se trouve dépositaire de la somme qui en est la représentation. Cette somme a reçu une affectation particulière ; elle n'est pas la propriété du failli ; elle ne peut à titre de dividende, servir à sa libération, car les créanciers se payeraient avec l'argent d'un tiers. » Cependant, l'auteur estime que la solution contraire doit être adoptée, c'est-à-dire que le tireur ne pourra pas se faire attribuer la provision, lorsqu'elle consiste dans une créance du tireur contre le tiré. Cette distinction a son utilité, lorsqu'il est possible d'établir que les espèces revendiquées sont bien celles que le tiré a reçues de l'acquéreur des marchandises. V. Dissertation de Boistel, D. P. 93.2,49 ; Bau-dry-Lacantinerie et Wahl, *Traité du dépôt et du séquestre*, n° 1097.

son bilan. La faillite déclarée le dessaisit de l'administration de ses biens et le frappe d'une mainmise au profit de ses créanciers. Les marchandises expédiées par le fabricant ne se trouveront pas englobées dans la faillite. Le commissionnaire, qui est par rapport au fabricant un mandataire chargé d'une mission déterminée, a fait office d'un dépositaire. Or, suivant les principes du droit commun, le dépositaire ne peut pas être considéré comme propriétaire (art. 1927 et 1930 du Code civil). Les créanciers du failli ne pourront donc faire valoir aucun droit sur les marchandises, qui ne sont pas la propriété de leur débiteur (art. 581 et 583 du Code de commerce). Ces marchandises pourront être vendues sur la demande du porteur, et le prix de vente sera appliqué au payement de la lettre de change (1).

§ 3. — *Solutions de la jurisprudence en cas de provision partielle*

La question de l'insuffisance de la provision peut se présenter dans deux hypothèses différentes: 1° le tireur a tiré plusieurs lettres de change sur son correspondant qui a une provision suffisante pour le payement de l'une ou de quelques-unes de ces traites, mais insuffisante pour les acquitter toutes; 2° le tireur qui a émis une seule traite, a contre le tiré une créance dont le montant est inférieur à celui de la lettre de change.

Nous examinerons chacun de ces deux cas, en commençant par le deuxième, c'est-à-dire par le plus simple.

I. — Le tireur a émis une seule traite et le tiré n'a qu'une provision partielle.

Aux termes de l'article 146, 1^{er} alinéa du Code de commerce, « il y a provision si, à l'échéance de la lettre de change, celui sur qui elle est fournie est redevable au tireur, ou à celui pour compte de qui elle est tirée, d'une somme au moins égale au montant de la lettre de change ».

1. V. Rouen, 11 nov. 1903. D. P. 1906.2, 233.

Ainsi, pour qu'il y ait provision, au sens légal du mot, il faut que la dette du tiré soit égale au montant de la lettre de change. Si, à l'échéance de la traite, le tiré se trouve débiteur envers le tireur d'une somme inférieure à la somme portée sur la lettre de change, la provision n'existera pas, et les conséquences qui découlent normalement du fait que le tireur a provision, feront complètement défaut.

On sait, en effet, que si le tiré a reçu provision, le porteur négligent qui n'a pas été payé, ne peut pas se retourner contre le tireur ; celui-ci est déchargé vis-à-vis du porteur dès le moment où il établit qu'il avait fourni provision. Au contraire, le porteur négligent pourra actionner valablement le tireur dans le cas où il est prouvé que le tiré n'avait pas provision ou que la provision était insuffisante.

D'autre part, on admet généralement que, lorsqu'il y a provision partielle, le tiré ne peut pas être obligé d'accepter la traite jusqu'à concurrence du montant de la provision fournie.

Mais la jurisprudence et la majorité de la doctrine reconnaissent au porteur un droit exclusif sur la provision, alors même que celle-ci ne serait que partielle ; aussi, si le tireur qui a envoyé au tiré une provision insuffisante, cesse ses paiements avant l'échéance, le porteur de la traite non acceptée se fera attribuer la provision partielle et viendra, pour le reste de la créance, en concours avec les autres créanciers du tireur failli (1).

Cette solution a été vivement critiquée par certains auteurs. Parmi eux, M. Lacour s'élève vivement contre cette manière de voir. « N'est-il pas bizarre, dit l'auteur, qu'on admette « un principe contraire lorsqu'il s'agit de régler le conflit du « porteur avec la faillite du tireur ? C'est là une contradiction « évidente, que les auteurs ne semblent pas avoir aperçue « et dont on n'a jamais essayé de fournir une explication (2). »

1. V. Rouen, 1^{re} déc. 1854. D. 55.2.121. Adde : Alauzet, *op. cit.*, t. IV, n° 1282 ; Boistel, *Dr. comm.* n° 771 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. IV, n° 165.

2. V. note D. 1905.1.379, 2^e col.

Parlant de l'un des deux cas dans lesquels on refuse à la provision incomplète les effets que comporte la provision totale, M. Lacour déclare : « on reconnaît généralement que, « si la provision est insuffisante, le tiré ne peut être obligé, « ni d'accepter, ni de payer jusqu'à due concurrence; l'acceptation et le paiement partiels constituent pour lui, non « une obligation, mais une simple faculté. »

Nous reconnaissons, avec M. Lacour et les autorités qu'il cite, que le tiré n'est pas tenu d'accepter la lettre de change jusqu'à concurrence de la provision, lorsque celle-ci est insuffisante; cette solution est d'ailleurs exacte. Nous savons, en effet, que, la dette cambiaire étant plus rigoureuse qu'une dette ordinaire, le tiré, qui a même une provision suffisante, ne peut être obligé de donner son acceptation que lorsqu'il s'y est engagé envers le tireur. Toutefois, l'usage et la pratique des commerçants exigent que le tiré accepte la traite, lorsque le tireur et le tiré sont tous les deux commerçants et que la dette est commerciale. Ainsi un commerçant qui doit une certaine somme à un autre commerçant, sera tenu, sous peine de dommages-intérêts, d'accepter la traite que son créancier tirera sur lui. Cette obligation pour le tiré d'accepter la traite se trouve donc sanctionnée par une action en dommages-intérêts qui se trouve dans le patrimoine du tireur. Celui-ci ne pourra pas exercer cette action dans le cas où le tiré refuse de donner son acceptation, à raison du défaut d'une provision partielle. Cette solution est évidente, puisque le tiré n'est nullement obligé de faire du crédit au tireur en s'engageant pour lui pour une somme supérieure au montant de la couverture qu'il a reçue.

Le tireur ne peut pas non plus obliger le tiré à accepter la lettre de change jusqu'à concurrence de la provision partielle, et cela, parce qu'il doit être considéré comme étant en faute dès le moment où il tire une lettre de change, alors qu'il sait bien que le tiré n'a pas reçu une provision suffisante. Etant en faute, il est certain qu'il ne peut triompher dans l'action en dommages-intérêts, qui constitue la seule sanction pour obliger le tiré à accepter la traite.

On peut certainement objecter que le tiré ne court aucun

risque en acceptant la lettre de change jusqu'à concurrence de la provision fournie par le tireur. Mais nous répondrons à cela qu'un commerçant scrupuleux ne voudra nullement apposer sa signature, même sous certaines réserves, sur une lettre de change dont le montant dépasse celui de sa dette. Si le tireur, qui sait bien que la provision fournie par lui est inférieure au montant de l'effet qu'il a émis, veut que le tiré fasse honneur à sa signature, en acceptant la traite jusqu'à concurrence du montant de la provision, il n'a qu'à réduire le montant de la lettre de change, et créer, par conséquent, une nouvelle traite que le tiré devra alors accepter, s'il ne veut pas s'exposer à une condamnation à des dommages-intérêts.

Ainsi, le refus par le tiré d'accepter la traite, jusqu'à concurrence du montant de la provision, ne manque pas de justification

Cependant, si l'acceptation partielle constitue une faculté pour le tiré, il ne nous semble pas que celui-ci puisse refuser de payer au porteur le montant de la provision partielle. Cette solution découle nettement de ce fait que la jurisprudence et la doctrine reconnaissent au porteur un droit exclusif sur la provision partielle : ce droit exclusif suppose l'existence d'une action, qui lui servira de sanction ; cette action, le porteur pourra l'exercer contre le tiré afin de l'obliger à acquitter le traite jusqu'à due concurrence.

Il y a lieu de remarquer cependant que, dans une pareille hypothèse, le porteur ne peut pas se prévaloir des rigueurs du change, étant donné qu'il n'exerce contre le tiré que les droits du tireur, dont il est le cessionnaire. Cette solution ne fait pas de doute, puisque le tiré, qui n'a pas accepté la lettre de change, ne se trouve pas engagé envers le porteur dans les liens d'une obligation cambiaire ; celui-là pourra opposer à celui-ci les exceptions qu'il avait contre le tireur,

M. Lacour cite, il est vrai, un arrêt de la Cour de Paris du 7 février 1893 (D. P. 93.2.113), pour démontrer que la jurisprudence n'oblige pas le tiré à payer la traite jusqu'à concurrence de la provision partielle. Il importe d'observer cependant que, dans l'espèce visée par cet arrêt, il s'agissait

d'une traite qui avait été créée par le tireur payable à lui-même et qui n'avait pas été endossée ; le tiré avait refusé de payer la traite au tireur qui avait présenté celle-ci au paiement, et non pas au preneur ou à un porteur subséquent. Ce refus peut se justifier par cette considération que le tireur, qui n'avait pas créé la traite en vue de négocier la créance qu'il avait contre le tiré, devait établir le bien fondé de sa demande, non pas au moyen de la traite, dans laquelle le tireur ne pouvait puiser aucun droit, étant donné qu'elle ne portait pas l'acceptation du tiré, mais dans l'acte juridique qui l'avait rendu créancier de ce dernier. Si la pratique et l'usage des commerçants accordent au créancier le droit de requérir du débiteur l'acceptation de la lettre de change et de se créer ainsi un titre, ils ne lui accordent pas cependant *ipso facto* les droits inhérents à ce titre.

On va sans doute nous objecter que le porteur qui, d'après nous, peut demander le paiement de la lettre de change jusqu'à concurrence de la provision, ne pourra établir le bien fondé de sa demande formée contre le tiré qu'au moyen de la lettre de change ; si le porteur peut se prévaloir de ce nouveau titre, pourquoi le tireur ne le pourra-t-il pas aussi ?

Nous reconnaissons que le porteur n'a d'autre titre que la lettre de change pour justifier sa demande en paiement contre le tiré ; mais il est à remarquer que, dans ce cas, le porteur produira la lettre de change pour établir qu'il est le cessionnaire du tireur, il ne puisera pas, par conséquent, un droit dans la lettre de change.

Le tireur, dans l'espèce visée par l'arrêt précité, n'avait pas à utiliser la traite pour cette même fin, puisqu'il était créancier direct du tireur en vertu d'un titre dont il pouvait établir l'existence.

D'autre part, nous savons que le tiré qui a fait provision, peut opposer la déchéance à l'action en garantie exercée par le porteur non payé, lorsque celui-ci n'observe pas les diligences prescrites par la loi. Si la provision n'est que partielle, le tireur ne pourra pas opposer cette déchéance jusqu'à due concurrence (1).

1. V. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. IV, n° 165.

Nous estimons que, dans cette dernière hypothèse aussi, l'idée de faute justifie la solution adoptée par la doctrine et la jurisprudence. En souscrivant l'effet, le tireur s'est engagé à faire provision chez le tiré jusqu'à concurrence du montant de la lettre de change ; en faisant une provision partielle, il n'a pas exécuté son engagement ; il a donc commis une faute. Etant lui-même en faute, on ne voit pas comment il pourrait opposer au porteur une déchéance.

Ainsi, dans les deux cas que nous avons examinés, la solution admise par la doctrine et la jurisprudence est conforme aux principes généraux du droit.

La solution des tribunaux, qui reconnaissent au porteur de la lettre de change un droit exclusif sur la provision partielle, n'est pas contraire aux principes juridiques. Nous savons, en effet, que, d'après le système dominant, la lettre de change a à sa base une cession de créance. Si, à l'échéance, la créance cédée existe partiellement, le cessionnaire, c'est-à-dire le porteur de la traite, est libre d'accepter ou de refuser l'exécution partielle du contrat intervenu entre lui et le tireur. Dans le cas où il accepte cette exécution partielle, la provision incomplète, c'est-à-dire l'objet de cette exécution partielle, tombera certainement dans le patrimoine du porteur.

Enfin, la solution des tribunaux relativement à l'attribution de la provision partielle au porteur de la lettre de change est conséquente avec le système de la propriété de la provision. Ce système a pour but essentiel de garantir le porteur de la traite contre la faillite du tireur. Il est hors de doute que, si la jurisprudence refusait au porteur un droit privatif sur la provision partielle, elle tomberait dans une grande contradiction, puisque, se basant sur ce que le porteur n'est pas suffisamment garanti, elle le priverait même de la garantie partielle dont il pourrait bénéficier, en se faisant attribuer la provision se trouvant chez le tiré, au jour de l'échéance.

La solution que préconisent les adversaires du système dominant, serait extrêmement fâcheuse, notamment, dans le cas où la provision atteindrait à quelques francs près le montant de la lettre de change.

Ainsi, nous croyons avoir démontré d'une façon suffisante

que la solution de la doctrine et de la jurisprudence, dans les deux cas où la provision incomplète ne produit pas les effets que comporte la provision totale, se concilie fort bien avec le système qui attribue au porteur la provision partielle, et que la contradiction que M. Lacour a cru relever entre ces solutions, n'existe pas en réalité.

II. — Le tireur a émis plusieurs traites dont le montant global est supérieur à la provision fournie au tiré.

Il arrive fréquemment dans la pratique que la personne, sur laquelle plusieurs lettres de change sont tirées par le même tireur, n'a pas une provision suffisante pour acquitter toutes les traites. Ainsi, supposons qu'un individu, qui a chez son correspondant des valeurs pour une somme de 45.000 francs, tire sur celui-ci, au profit de deux preneurs différents, deux traites de 30 000 francs chacune. Comment la provision devra-t-elle être répartie ?

L'émission et l'endossement opérant transfert de la provision, on admet en général que c'est le porteur de la première traite émise, qui doit recevoir le montant intégral de sa créance, c'est-à-dire les 30.000 francs.

Cette solution est dans une certaine mesure conforme au système de la jurisprudence relativement à la nature juridique de la lettre de change. En effet, lorsque le tireur a tiré la seconde traite, il n'avait chez le tiré qu'une provision de 15.000 francs seulement ; en créant cette dernière lettre de change, il n'a pu faire cession que de ce qui lui restait de disponible chez le tiré, quitte à compléter ultérieurement la provision partielle (1).

1 Rouen, 25 avril 1845 (*G. Pal.* 1848. 1. 226). — Nîmes, 18 avril 1855 (*G. P.*, 1856. 1. 603). — V. en ce sens article 116 du Code ingénieur égyptien qui applique la règle : *prior tempore potior jure*. — Contr. Albert Wahl, *op. cit.*, n° 1951. Le savant auteur qui admet l'idée de privilège, enseigne que tous les porteurs doivent venir en concours ; il pense que cette solution est aussi la seule équitable, car l'émission des traites ne comporte aucune publicité. Le porteur d'une traite, déclare M. Wahl, ne peut savoir que la provision est déjà épuisée ou amoindrie par une émission antérieure des traites.

La loi belge qui organise le régime proportionnaliste statue dans son article 6 qu'en cas de concours entre traites non acceptées, elles sont payées au marc le franc.

Cette solutions s'applique aussi dans l'hypothèse où l'échéance de la deuxième traite est antérieure à celle de la première (1).

Toutefois, si on appliquait littéralement le système de la jurisprudence, on arriverait, à notre avis, à une solution tout à fait opposée, c'est à-dire qu'on devrait attribuer la provision au porteur de la seconde traite, jusqu'à concurrence du montant de sa créance. En effet, comme nous l'avons déjà fait observer, les tribunaux permettent au tireur de disposer de la provision jusqu'à l'échéance ; dès lors, le tireur qui a tiré sur la même personne une seconde lettre de change, doit être considéré comme ayant usé de cette faculté et modifié la destination de la provision de la première lettre de change.

Les solutions indiquées plus haut sont généralement admises, lorsque aucune des traites n'a été acceptée. Si, au contraire, il y a acceptation de certaines lettres de change, les tribunaux font passer celles-ci avant les traites non acceptées (2). Pour justifier cette manière de voir, on déclare que le tiré qui est nanti de la provision, est fondé à prélever sur elle la somme voulue pour payer en premier lieu les traites qu'il a acceptées ; l'intérêt légitime du tiré fait passer la traite acceptée avant toutes les autres, sans prendre en considération leurs dates respectives.

Cet intérêt est incontestable ; mais, comme l'a fort bien dit M. Wahl, « l'acceptation est un engagement qui s'ajoute à « l'obligation réelle dérivant de la prétendue propriété. La « dévolution de la propriété devrait rester indépendante des « engagements personnels (3). »

En émettant la lettre de change, le tireur cède au preneur la créance qu'il a contre le tiré, et s'engage, en outre, d'une façon implicite du moins, à lui assurer l'acceptation du titre parce dernier. Cela est si vrai que, dans le cas où le tiré refuse de donner son acceptation, le preneur peut se retourner contre

1. Rouen, 15 janvier 1857 (*J. Pal.*, 1858, 505) : Adde Nougier, *op. cit.* t. I, n° 419.

2. Paris, 31 déc. 1850. D. 54. 5.500, précité. — Adde : Nougier, *loc. cit.* — Alauzet, *op. cit.*, t. IV, n° 1284. — Bédarride, *op. cit.*, t. I, n° 165. — Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. IV, n° 186.

3. *Op. cit.*, n° 1952.

le tireur pour lui demander une garantie équivalente (art. 120 C. comm.). Toutefois, le tireur peut, s'il le veut, ne pas assumer cet engagement; il lui suffira, pour ce faire, d'insérer dans le corps de la lettre de change la clause *non acceptable*.

Lorsque la traite est déclarée *non acceptable*, on refuse, en général, au porteur un droit exclusif sur la provision. En vue de justifier cette solution, on déclare que le système de la jurisprudence suppose que le tireur, en créant la lettre de change, a entendu céder au preneur sa créance contre le tiré et que, par conséquent, la transmission de la provision est fondée sur la volonté des parties. Aussi l'insertion de la clause *non acceptable* aurait pour effet d'écarter la présomption de cession.

Cette clause, d'après certains auteurs, n'exclut pas d'une façon définitive l'idée de cession; elle implique seulement que la cession de la provision n'est pas actuelle, et qu'elle ne devra se réaliser qu'à l'époque de l'échéance (1).

§ 4. — *Etendue des droits du porteur sur la provision*

On ne saurait mieux mettre en relief la tendance des arrêts à protéger les porteurs des lettres de change qu'en examinant l'étendue des droits que la jurisprudence reconnaît au porteur d'une traite sur la provision, et la mesure dans laquelle le porteur peut se prévaloir de la créance constituant la provision.

Les tribunaux voient à la base de la lettre de change, et dans son endossement, une cession de la créance du tireur contre le tiré (2); cette créance, coulée dans le moule de la traite,

1. V. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, IV 181. — Nouguier, *op. cit.*, t. I, n° 420. — V. aussi Cass., 2 mars 1857. D. P. 57.1.120.

2. Limoges, 27 nov. 1845. S. 1846.2.482. — Cass., 8 mai 1878. S. 1878.1.292. — Cass., 7 mai 1879. S. 1879.1.421. V. *Contra*, Huc, *Cession et transmission des créances*, t. II, p. 183. L'auteur enseigne que l'endossement n'a pas pour but de transférer la propriété; l'endossement qui est sorti de la pratique commerciale servirait à augmenter la sécurité du porteur en augmentant le crédit de la lettre de change.

est cédée telle qu'elle existe dans le patrimoine du tireur ; si elle est accompagnée de sûretés, par exemple, si elle est renforcée d'une hypothèque, ces sûretés seront conservées, et le porteur pourra s'en servir (1).

Pour que le transfert de ces garanties se réalise, il n'est pas nécessaire que le porteur ait connaissance de leur existence. Ce transfert s'opère à son insu même, car il ne préjudicie en rien au tiré, la situation de ce dernier n'étant pas empirée du fait de ce transfert.

Cette doctrine se dégage nettement d'un arrêt de la Cour de Paris en date du 6 juin 1850, D. 51.2.181. Les attendus de cet arrêt portent, en effet :

« Considérant qu'en règle générale la cession d'une créance
« en comprend les accessoires : tels que cautions, privilèges
« et hypothèques ; que l'endossement régulier d'un billet à
« ordre est une véritable cession et en produit tous les effets ;
« qu'il n'y a lieu de s'arrêter à cette objection que les caution-
« nement et hypothèques consentis n'étaient point mentionnés
« dans les billets ; qu'en effet, selon les articles 141, 142, 187,
« du Code de commerce, le payement des lettres de change et
« des billets à ordre est susceptible d'être garanti par un aval,
« lequel peut être donné par acte séparé ; qu'assurément on
« ne saurait prétendre que le tiers porteur ne pourrait pro-
« fiter de l'aval s'il en avait ignoré l'existence ; que le cau-
« tionnement ne diffère de l'aval qu'en ce que l'exécution ne
« doit en être poursuivie que par la voie civile ; qu'il suit de
« là que le tiers porteur peut se prévaloir du cautionnement
« donné pour garantie d'un billet à ordre, même quand il est
« constaté par acte séparé. Considérant que l'hypothèque con-
« sentie pour assurer l'effet d'un cautionnement doit suivre
« le sort du cautionnement dont elle n'est que l'accessoire ;

1. Civ. cass., rejet 20 juin 1854. D. 1854.1.305. — Metz, 21 janvier 1854. D. 54.2.259. — Colmar, 30 déc. 1850. D. 54.2.145. — Paris, 6 juin 1850. D. 1851.2.185. — Alger, 7 mai 1870. S. 1871.2.105. — Trib. d'Amiens, 3 janvier 1889 (*Journ. la Loi*, 11 mai 1889). — Adde : Guillouard, *Tr. de la vente*, t. II, n° 815. — Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. IV, n° 129 note 2. — Thaller, *op. cit.*, n° 1323. — Bodin, *Revue pratique de droit français*, t. V, 15 et 153.

« qu'ainsi le droit d'hypothèque est acquis au tiers porteur
« en même temps que la propriété de la créance et le droit
« au cautionnement. Considérant, en dernier lieu, qu'aucun
« texte de loi ne met obstacle au transport d'un droit d'hypo-
« thèque par voie d'endossement... »

Ainsi, la Cour de Paris voit dans l'endossement une cession de créance ; cette solution ne fait aucun doute, puisque l'endossement est considéré comme la création d'une nouvelle lettre de change (1), et que la lettre de change a à sa base une cession de créance.

L'arrêt ci-dessus rapporté a cru devoir s'expliquer sur un point, que les adversaires de la théorie favorable au porteur invoquent pour réfuter le système de la jurisprudence. On reproche, en effet, à cette théorie de conférer au porteur de la traite des droits qui ne sont pas mentionnés dans le corps de la lettre de change et dont il ignore l'existence au moment de la négociation de l'effet. A cette objection, la Cour de Paris a répondu en s'appuyant sur la solution admise en matière d'aval.

L'aval qui est le cautionnement des effets de commerce, se donne généralement en apposant la signature sur la traite même, et en faisant précéder cette signature de la mention « *bon pour aval* ». Aux termes de l'article 142 du Code de Commerce 1^{er} alinéa « cette garantie est fournie par un tiers, sur la lettre ou même par acte séparé » ; ainsi, dans l'hypothèse, le donneur d'aval se trouve engagé envers le porteur de la traite, quand bien même sa signature ne figurerait pas sur le titre. Or, le porteur de l'effet peut ignorer, au moment de la négociation du titre, l'existence de l'aval ; cela ne l'empêchera pas de s'en servir quand il aura appris que sa créance est assortie d'une pareille garantie. Il en sera de même dans les cas où la créance du tireur contre le tiré se trouve accompagnée d'une autre sûreté, telle que l'hypothèque, le privilège, etc.

Si la presque majorité des arrêts admettent le principe du

1. V. Pothier^{*} *Obligat.*, t. IV, p. 508. Dict. de Couder, v^o lettre de change, n^{os} 466 et 505. V. *Contrà*, Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. IV, n^o 1111, note 3.

transfert des sûretés par l'endossement, on rencontre cependant des décisions qui refusent au porteur certains accessoires résultant des clauses relatives à la créance du tireur contre le tiré, c'est-à-dire à la provision.

Dans les cessions de fonds de commerce, les acquéreurs de fonds souscrivent très souvent, au profit du vendeur, en paiement du prix, des lettres de change ou des billets à ordre à échéances échelonnées ; les vendeurs stipulent, presque toujours, que le prix de vente deviendra immédiatement exigible si l'acheteur revend le fonds. Alors se pose la question de savoir si les porteurs, auxquels ces effets ont été endossés, peuvent se prévaloir de cette clause d'exigibilité immédiate et poursuivre, en cas de revente, le premier acquéreur (tiré ou souscripteur selon que l'acheteur a accepté une lettre de change, ou souscrit un billet à ordre) avant l'échéance des effets souscrits. Certains tribunaux ont reconnu aux porteurs le droit de se prévaloir de la clause dont il s'agit (1) ; d'autres le leur ont refusé (2).

Les décisions judiciaires qui sont favorables au porteur, ont admis le système dominant en France, c'est-à-dire celui d'après lequel le souscripteur d'un effet de commerce ne s'engage pas envers le bénéficiaire du titre dans les liens d'une obligation nouvelle.

Le vendeur d'un fonds de commerce, qui tire une lettre de change sur l'acquéreur, cède au bénéficiaire du titre la créance qu'il a acquise contre l'acheteur ; cette créance est coulée dans le moule de la lettre de change ; c'est toujours la même créance qui subsiste, créance sur laquelle viennent s'ajouter les garanties du droit du change.

Les adversaires de l'opinion qui admet le transfert des garanties accompagnant la provision, reprochent à cette théo-

1. Trib. comm. de la Seine, 3 avril 1890. *Gaz. Trib.*, 27 avril 1890 ; 15 juin 1892. *Gaz. Pal.*, 92.2.193.

2. Trib. comm. de la Seine, 8 déc. 1895. *J. des Trib. de comm.*, 1887, p. 79 ; 31 oct. 1890. *Gaz. Trib.*, 22 nov. 1890. — Paris, 4 janv. 1899. D. 1900.1.121 et la note de M. Percerou. L'éminent professeur critique la décision de la Cour de Paris « qui s'harmonise mal avec la jurisprudence d'après laquelle l'hypothèque garantissant une ouverture de crédit passe de plein droit aux effets souscrits par le crédité ». V. aussi en ce sens la note de M. Wail, S. 1902.2.261.

rie de faire intervenir l'idée de cession de créance uniquement pour justifier le transfert de ces garanties ; or, disent-ils, s'il y avait cession, le tiré aurait dû pouvoir opposer au porteur les exceptions qu'il aurait contre le tireur (1) ; tel n'est pas le cas, étant donné que les tribunaux décident que les exceptions personnelles au tireur ne sont pas opposables au porteur (2). Les arrêts, ajoutent ces auteurs, sont en contradiction avec eux-mêmes, puisqu'ils écartent un des effets découlant de l'institution sur laquelle ils fondent leur théorie.

Pour justifier leur manière de voir, les représentants du système contraire à la jurisprudence ont adopté pour point de départ la théorie formaliste d'origine allemande, théorie qui voit dans l'effet de commerce une dette d'une nature toute spéciale, engendrée par l'écrit lui-même et n'ayant aucune contingence avec les rapports existant entre les parties, antérieurement à la création de cet effet (3). La créance cambiaire, qui se transmet par l'endossement, étant indépendante de la créance que le tireur peut avoir contre le tiré au moment de la création de la traite, il est aisé de concevoir que l'endossement, pas plus que l'émission de la lettre de change, ne peuvent opérer le transfert des garanties accompagnant cette dernière créance, que l'on considère d'ailleurs comme étant restée dans le patrimoine du tireur.

Toutefois, la grande majorité de la doctrine se rallie au système de la jurisprudence, et admet le transfert des sûretés par l'endossement des effets de commerce.

Certains auteurs déclarent que l'endossement constitue une forme spéciale de la cession ; celui-ci opère le transfert de la créance telle quelle, mais pour des raisons de crédit, les modalités favorables au débiteur ne se transmettent pas. Mais lorsqu'il s'agit de modalités favorables au créancier (sûretés

1. V. Thaller, *op. cit.*, n° 1463.

2. Civ. cass., 25 mai 1894. D. 1894 I. 447. — Rouen, 18 nov. 1899. D. 1900.

3. 500 A l'idée de cession certains auteurs juxtaposent celle d'engagement direct envers le porteur. V. Boistel, *op. cit.*, n° 754. — Boudant, note sous Cass., 8 mai 1878. D. 78. I. 241.

3. V. Lacour, *op. cit.*, t. II n° 1232. — Garsonnet, *De l'influence de l'abolition de la contrainte par corps sur la législat. commerciale*, p. 48 et s.

réelles, privilège du vendeur et hypothèque), la situation est tout autre. Il n'y a plus de raison pour déroger aux règles ordinaires de la cession de créance. Bien au contraire, l'intérêt des porteurs de bonne foi exige cette solution, car la transmission des garanties accompagnant la créance primitive ne peut que consolider leurs droits (1).

§ 5. — *De la traite documentaire*

Notre étude sur la propriété de la provision ne serait pas complète si nous ne donnions pas quelques explications concernant une catégorie spéciale de lettres de change qu'on appelle des traites documentaires.

La traite documentaire est la lettre de change à laquelle se trouvent annexés un connaissement et une police d'assurance. Le porteur d'un pareil titre se trouve garanti par des marchandises se trouvant en route.

Lorsque des marchandises sont chargées sur un navire, le capitaine délivre à l'expéditeur un connaissement rédigé en plusieurs exemplaires. A l'arrivée au port de destination, les marchandises ne sont livrées qu'au porteur régulier du connaissement. Comme ce connaissement se trouve annexé à la lettre de change, il est hors de doute que c'est le porteur de la traite, lequel est aussi porteur du connaissement, qui pourra prendre livraison des marchandises au port de destination.

La traite documentaire est très employée dans le monde de commerce, pour cette simple raison qu'elle est escomptée facilement par les banquiers. Illustrons par un exemple les circonstances dans lesquelles on a recours à cette espèce d'instrument de crédit.

Un producteur d'Alexandrie, ayant vendu une cargaison de coton à un négociant du Havre, a créé sur son acheteur une lettre de change. Ayant un besoin pressant d'argent, il

1. V. Aubin, *Annales de Dr. comm.*, (1899), p. 310. — A. Wahl, *De la nature juridique des titres au porteur*, t. I, n° 281. Note de M. Tissier, sous Civ. cass., 9 nov. 1896. S. 1897. I. 61.

demande à un banquier de lui escompter la traite. Le banquier consent à escompter l'effet, à la condition que le connaissement, qui représente les marchandises, lui soit remis conjointement avec la lettre de change. Le tireur donne satisfaction au banquier en annexant à la traite le connaissement. Le simple endossement du connaissement suffira pour mettre le banquier en possession des marchandises. Le navire arrivant au Havre, le porteur de la traite documentaire seul aura qualité pour prendre livraison des marchandises. A ce moment, si le tiré acquitte la traite, le porteur lui remettra les cotons ; si, au contraire, la lettre de change n'est pas payée, le porteur fera vendre les marchandises et prélèvera sur le prix de vente le montant de sa créance.

Le cas le plus fréquent dans la pratique est celui où le tireur et le preneur conviennent que le connaissement ne sera joint à la traite que jusqu'à l'acceptation. Le bénéficiaire de la traite peut, en effet, avoir pleine confiance dans la solvabilité du tiré ; seulement, comme il n'est pas sûr que celui-ci accepte, il demande à être garanti contre le risque du refus d'acceptation.

Ce mode de procéder s'impose lorsque la lettre de change comporte une échéance, c'est-à-dire lorsque, ce qui est l'usage chez les commerçants, la vente a été conclue à crédit.

On a souvent l'habitude de dire que, dans la traite documentaire, les marchandises représentées par le connaissement, qui se trouve annexé à la lettre de change, constituent la provision.

Nous avons vu, cependant, que la provision ne consiste pas en des marchandises ; ce qui forme la provision c'est la créance que le tireur a contre le tiré à l'échéance. Dans la traite documentaire, ce qui constitue la provision, c'est la créance que le tireur a acquise contre le tiré en vertu du contrat de vente intervenu entre eux, créance qui a sa cause dans l'aliénation des marchandises ; c'est cette créance que le tireur a cédée au preneur, en créant la lettre de change (1).

1. Ce raisonnement s'applique exclusivement au cas où les marchandises ont été vendues. Pour l'hypothèse où les marchandises sont expédiées à un commissionnaire, v. *suprà*, p. 14.

En ce qui concerne la nature juridique de la traite documentaire, les auteurs s'accordent à reconnaître que, à côté du contrat de change conclu entre le tireur et le preneur, il intervient entre ceux-ci un contrat de gage qui ne devient parfait que si le tireur remet au preneur le connaissance représentant les marchandises chargées sur le navire (1).

Cependant, il importe d'observer que, en règle générale, pour que le gage soit valable, il faut que celui qui constitue le gage soit propriétaire du gage (2). En matière de traite documentaire, le gage est constitué par le tireur ; celui-ci, dans la majorité des cas, est un vendeur qui tire une traite contre l'acheteur, pour recouvrer le prix de vente. Or, au moment de la conclusion du gage, le tireur n'a plus la propriété des marchandises ; celles-ci sont devenues la propriété de l'acheteur par le simple échange de consentements, en vertu des articles 1438 et 1583 du Code civil.

Certains auteurs, ayant prévu l'objection, ont essayé d'y répondre en invoquant la coutume. M. Jonquière dit : « qu'il « est en effet d'usage dans les opérations réglées par traites do-
« cumentaires que les marchandises ne soient vendues que gre-
« vées d'un droit de gage constitué par le vendeur après la
« vente, en vertu d'une autorisation tacite de l'acheteur » (3).

M. Ripert reconnaît également que, dans la pratique, le tireur de la traite documentaire se trouve déjà avoir vendu les marchandises au moment où il les affecte en garantie de la traite ; mais, ajoute le savant auteur, n'ayant pas livré le connaissance, le vendeur garde la possession et peut, par conséquent, constituer valablement le gage sur les marchandises aliénées (4).

M. Ripert raisonne, à notre avis, en prenant implicitement pour point de départ la solution admise par la jurisprudence

1. V. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. IV, n° 106 ; Thaller, *op. cit.*, n° 1459 ; Ripert, *Droit maritime*, collection Thaller, n° 1742 ; A. Gaubert, *Les Ventes maritimes*, p. 389 et s.

2. Aubry et Rau, *Tr. de dr. civ.*, t. IV, § 432, p. 700 ; Planiol, *Trib. de dr. civ.*, t. II, n° 2397.

3. Paul Jonquière, *Des Traités documentaires*. Thèse Paris, 1899, p. 45.

4. V. Ripert, *op. cit.*, n° 1754, note 1.

et la doctrine relativement à l'effet du gage consenti *a non domino* sur un meuble, lorsque le créancier gagiste est de bonne foi. En effet, le créancier qui a reçu de son débiteur à titre de gage, un bien meuble qui n'appartient pas à ce dernier, peut, à la condition qu'il soit de bonne foi, opposer à l'action en revendication du véritable propriétaire l'article 2279 du Code civil et garder le gage jusqu'au jour de l'échéance (1).

Toutefois, il y a lieu de se demander si, dans l'hypothèse d'une traite documentaire, le preneur de l'effet, qui sait bien que les marchandises sont expédiées à destination du tiré, c'est-à-dire de l'acquéreur, doit être considéré comme étant de bonne foi ? Nous ne le croyons pas.

A notre avis, si l'on examine attentivement les rapports juridiques existant entre le tireur et le preneur de la traite documentaire, on remarquera que ces rapports sont moins complexes qu'ils ne paraissent au premier abord.

En effet, nous avons vu que, d'après le système dominant, le tireur qui émet une lettre de change, cède au preneur la créance qu'il a ou qu'il aura contre le tiré, et qui constitue la provision. Dans la traite documentaire, tirée par un vendeur, la provision consiste en la créance que celui-ci a acquise contre le tiré, c'est-à-dire l'acheteur, en vertu du contrat de vente. Cependant, cette créance se trouve assortie d'un droit réel accessoire que la loi reconnaît au vendeur, qui n'a pas encore livré les marchandises. Ce droit accessoire réel, c'est le droit de rétention de l'article 1612 du Code civil (*venditor quasi pignus, retinere potest rem quam vendidit*) : ce droit de rétention suit donc la créance, et tombe dans le patrimoine du preneur ; mais, comme il ne peut être exercé que si l'on est en possession des marchandises, le preneur de la traite documentaire n'en sera investi d'une façon utile que s'il obtient cette possession. Celle-ci lui sera concédée au moyen de l'endossement du connaissance.

Ainsi, le tireur d'une traite documentaire, lorsqu'il est un vendeur, ne constitue pas un gage sur les marchandises ; il

1. V. A. Colin et Capitanf, *op. cit.*, p. 757 ; Planiol, *op. cit.*, t. II, n° 2398.

concède seulement au bénéficiaire de l'effet la possession des marchandises, afin de lui permettre d'exercer le droit de rétention qu'il lui a cédé avec la créance formant la provision.

Cependant, d'après l'article 1612 *in fine* du Code civil, le vendeur qui a accordé un terme à l'acheteur, ne peut plus exercer le droit de rétention sur les marchandises aliénées. Or, comme nous l'avons déjà vu, lorsque la traite est créée payable à une échéance plus ou moins longue, l'escompteur de l'effet ne demande à être mis en possession des marchandises que jusqu'à l'acceptation de la traite par le tiré. Alors on pourra nous objecter que cette mise en possession ne s'explique plus par la cession du droit de rétention, puisque le vendeur, qui a vendu à crédit, ne possédait pas lui-même ce droit.

Nous croyons que, dans cette dernière hypothèse également, l'idée d'une constitution de gage proprement dit doit être écartée.

La mise en possession de l'escompteur sur les marchandises vendues, jusqu'à l'acceptation de la lettre de change (par l'acquéreur, s'explique par l'idée du droit de rétention, alors même que la traite comporte une échéance. En effet, l'usage et la pratique des commerçants exigent que le débiteur accepte la traite, que son créancier tire sur lui, jusqu'à concurrence du montant de la dette, lorsque le tireur et le tiré sont tous deux commerçants, et que la créance aussi est commerciale. Cela est si vrai que le tiré qui refuse d'accepter la lettre de change émise par son créancier, s'expose à une condamnation à des dommages-intérêts à l'égard de ce dernier (1).

Le tireur de la traite documentaire a vendu au tiré des marchandises, et lui a accordé un terme pour le paiement du prix.

En accordant ce terme à l'acquéreur, il a stipulé implicitement l'acceptation de la lettre de change, c'est-à-dire le paiement du prix de vente en monnaie de change. Le vendeur pourra donc refuser au tiré la délivrance des mar

1. V. *supra.*, p. 16, note 1.

chandises, si cette acceptation ne lui est pas fournie (1) ; il exercera donc un droit de rétention jusqu'à ce qu'il exécute sa promesse, c'est-à-dire jusqu'à l'acceptation de la lettre de change.

Le preneur de la traite documentaire, qui acquiert la créance du vendeur contre l'acquéreur, acquiert également ce droit accessoire de rétention, jusqu'au moment de l'acceptation de la lettre de change. Pour investir celui-ci de ce droit réel, le tireur doit le mettre en possession des marchandises. Il lui suffira, pour ce faire de lui endosser le connaissement.

Se basant sur cette idée que le tireur constitue un droit de gage sur les marchandises représentées par le connaissement, les auteurs déclarent que le porteur de la traite documentaire peut, dans le cas où le tiré refuserait d'acquitter ou d'accepter la lettre de change, vendre les marchandises pour exercer sur le prix son privilège de gagiste conformément à l'article 93 du Code de commerce (2).

Ce droit d'aliéner les marchandises, que l'on reconnaît au porteur de la traite documentaire se justifie aisément lorsque celles-ci sont la propriété du débiteur qui a constitué le gage ; elle ne se justifie pas moins avec notre système. En effet, en adressant une signification au tiré, le porteur met celui-ci en demeure d'exécuter son obligation, c'est-à-dire d'acquitter la traite, lorsque celle-ci est payable à vue, ou de l'accepter si elle comporte une échéance. Si le tiré ne s'exécute pas, le porteur pourra résoudre le contrat par une déclaration de volonté unilatérale, la signification tenant lieu de protêt. Ce droit de résolution n'est pas contesté au créancier qui met en demeure son débiteur d'exécuter l'obligation (3).

Comme en matière de traite documentaire la vente porte sur des denrées ou des effets mobiliers, nous croyons, au surplus, que le contrat de vente intervenu entre le tireur et le tiré doit être considéré comme étant résolu de plein droit.

1. V. Planiol, *op. cit.*, t. II., n° 1541.

2. V. Lacour., *op. cit.*, t. I, n° 1276.

3. V. Poitiers, 9 juin 1913. D. 1920.2.41 et la note de M. Savatier.

On sait, en effet, qu'aux termes de l'article 1657 du Code civil « en matière de vente de denrées et d'effets mobiliers, « la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans « sommation au profit du vendeur, après l'expiration du « terme convenu pour le retirement ».

D'après ce texte, le vendeur de denrées ou d'effets mobiliers est autorisé à considérer le contrat comme étant résolu *de plano* à l'expiration du terme fixé pour le retirement des marchandises, parce que le maintien du contrat pourrait, par la faute de l'acheteur en retard, lui causer un préjudice sérieux, préjudice qu'on lui permet d'éviter en disposant de la marchandise, malgré le contrat.

Il nous semble, dès lors, que le porteur de la traite documentaire, qui est en possession des marchandises aliénées, pourra, en sa qualité d'ayant cause du tireur, considérer le contrat de vente comme étant résolu de plein droit, et cela pour les mêmes considérations que celles qui constituent le fondement de l'article 1657 du Code civil. En effet, le porteur qui envoie une signification au tiré, met celui-ci en demeure d'acquitter la traite ou de l'accepter ; ces deux faits constituent des conditions dont la réalisation permettra à celui-ci de retirer les marchandises. S'il se refuse à faire droit à la demande du porteur, il est certain que les marchandises resteront chez le vendeur ; par conséquent, le tiré se trouvera dans la même situation que l'acquéreur qui ne prend pas livraison des marchandises à la date fixée pour le retirement.

On nous objectera, peut-être, que l'article 1654 du Code civil qui prévoit le cas où le prix de vente n'est pas payé, accorde au vendeur le droit de demander la résolution du contrat de vente, mais ne considère pas celui-ci comme étant résolu de plein droit (1). Nous répondrons à cela, que cette disposition ne peut s'appliquer qu'aux ventes portant sur des immeubles ainsi qu'aux ventes de denrées et d'effets mobiliers, lorsque le vendeur a livré à l'acheteur les marchandises.

1. V. Dalloz, *J.G.* sup. v°. Vente, n° 608. — Guillouard, *Traité de la vente et de l'échange*, t. II, n° 635. — Baudry-Lacantinerie et Saignet, n° 603.

Car, autrement, nous ne voyons pas la raison pour laquelle un vendeur, qui est en possession des marchandises aliénées et qui n'a pas encore reçu le prix de vente, doit être traité moins favorablement que le vendeur qui a déjà recouvré sa créance.

Ainsi, le système que nous proposons et qui voit à la base de la traite documentaire un contrat de cession fait au profit du preneur avec pour objet la créance qui est assortie d'un droit de rétention et que le tireur acquiert contre le tiré en vertu du contrat de vente, a l'avantage, d'une part, d'écarter l'objection tirée de ce que le vendeur ne peut pas constituer un gage sur les marchandises vendues, et, d'autre part, de simplifier les rapports juridiques naissant entre le tireur et le preneur de la traite documentaire, en les dégageant des effets d'une constitution de gage venant se greffer sur le contrat de change.

SECTION III

Appréciation critique du système de la jurisprudence

On a pu voir, au cours de l'étude de la doctrine et de la jurisprudence, que la lettre de change présente cette grande utilité de permettre à un négociant, qui est créancier à terme d'un individu, de réaliser immédiatement sa créance, de la mobiliser, en la cédant par le moyen d'un titre aisément négociable. Ainsi, d'après la conception française, la lettre de change constitue juridiquement la cession par le tireur, au profit du preneur, de la créance qu'il possède ou qu'il possédera contre le tiré.

Voici, en somme, ce que nous croyons voir en France, déclare M. Thaller, au sujet de la nature juridique de la lettre de change. « Une dette d'argent existe, douée des attributs que le droit commun lui donne, avec un créancier, un débiteur, une cause, avec des moyens de résolution peut-être. On enferme cette dette dans un effet. Elle con-

« serve néanmoins ses racines dans la convention d'où elle
« procède. L'effet est une indication de paiement. Cette indi-
« cation relève exclusivement des statuts d'exécution, elle
« fournit au créancier un mode de transmission de son droit,
« ainsi qu'un mode de contrainte dont l'obligation par elle
« seule n'était point pourvue (1). »

Il est hors de doute que c'est grâce à cette conception, qui raccorde la lettre de change, à des opérations effectives, que la jurisprudence est parvenue à consolider les droits du porteur de la lettre de change en lui accordant un droit exclusif sur la provision. Toutefois, il y a lieu de reconnaître que les tribunaux ne sont pas arrivés à la solution actuelle en faisant une application stricte des principes juridiques. Nous avons vu, en effet, que la théorie de la cession, sur laquelle se fonde la jurisprudence, a été vivement attaquée parce que, d'une part, elle n'appliquait pas littéralement les règles relatives à la cession, et, d'autre part, parce qu'elle écartait certains des effets de cette institution. Aussi la majorité des auteurs déclarent que le système de la jurisprudence ne se justifie pas en théorie. On a même soutenu que si la provision appartenait au porteur, c'est uniquement en vertu d'une attribution spéciale de la loi ou d'un usage, mais non pas en vertu d'une cession par le tireur de sa créance contre le tiré. M. Béguelin déclare : « qu'il s'agit là d'une règle excep-
« tionnelle, déterminée par des considérations d'opportunité
« qui, si on tente de l'expliquer comme on le fait généra-
« lement par la nature du contrat de change, ou par une ces-
« sion ordinaire, ou par un droit de gage, contredit en plein
« à la logique juridique et aux principes généraux du
« droit (2) ».

Ces critiques, M. Béguelin les adressait directement au système adopté en France. En effet, quand les tribunaux français, pressés par les besoins de la pratique, ont commencé à édifier leur système, il n'y avait aucun texte de loi attribuant la provision au porteur de la lettre de change. On ne

1. *Bulletin de la Soc. de lég. comp.*, 1900, p. 796.

2. *Op. cit.*, p. 294.

pouvait pas non plus parler d'usage, du moins pendant les premières années de l'apparition de la théorie de la jurisprudence. Ce n'est que par un raisonnement, que M. Béguelin considère comme étant contraire à la logique juridique, et qui trouvait, cependant, un fondement dans la conception française sur la nature juridique de la lettre de change, que la jurisprudence a justifié et continué d'appliquer la solution qui s'imposait.

Le but de cette jurisprudence, c'était d'utiliser la provision pour consolider le crédit commercial et augmenter la valeur de la lettre de change laquelle changeant à peu près de fonction devint un instrument de crédit. Aussi, se dégageant de la conception du Code de commerce, les tribunaux ont porté la provision dans le nouveau domaine de la lettre de change; ils l'ont érigée en garantie, et lui ont enfin donné un rôle que les rédacteurs du Code de 1807 n'avaient certainement pas prévu.

Le procédé de la jurisprudence se justifie d'autant plus, qu'il n'était pas possible au législateur d'élaborer, du premier coup, un système définitif en une matière, à laquelle la pratique commerciale du dernier siècle a donné un développement et une importance qui dépassent toutes les prévisions.

Pour démontrer que le système de la jurisprudence ne présente pas un très grand intérêt, les adversaires de l'opinion favorable au porteur de la lettre de change déclarent que, jamais en pratique, l'existence de la provision ne sera une condition vraiment déterminante de l'escompte. Comment cette provision pourrait-elle constituer, lors de l'émission et de la transmission de la lettre de change, une garantie ferme? La jurisprudence, ajoute-t-on, est obligée de reconnaître que, jusqu'au moment de l'échéance, le tireur solvable a le droit de reprendre des mains du tiré une provision déjà faite. L'existence de la provision au moment de l'escompte n'implique donc point qu'elle subsistera à l'échéance entre les mains du tiré (1).

Ce droit de disposer de la provision jusqu'à l'échéance, que

1. V. A. Wahl, *op. cit.*, n° 1953. Pierre Haour, *op. cit.*, p. 91.

les tribunaux reconnaissent au tireur, est vivement critiqué par les adversaires du système de la jurisprudence. Au cours de la discussion de la loi du 20 mai 1872 par le Parlement belge, M. Jacob fit remarquer que, si l'on voulait assurer à la lettre de change une sécurité entière, il faudrait défendre au tireur de disposer de la provision, dès qu'il a fait la traite. « Adoptez ce système, si vous le voulez, dit-il, allez jusqu'à bout, mais choisissez entre deux théories complètes et ne nous offrez pas une solution hybride qui n'est ni chair ni poisson (1). »

Il est vrai que les tribunaux permettent au tireur de disposer de la provision jusqu'à l'échéance, et cela afin de ne pas obliger celui-ci à immobiliser une certaine somme pendant un temps plus ou moins long. Cependant, ce droit du tireur de modifier la destination de la provision n'est pas absolu. Nous avons vu, en effet, que le porteur, auquel le tireur n'inspire pas une très grande confiance, peut empêcher ce dernier de retirer la provision des mains du tiré ; il lui suffira pour cela d'adresser une simple défense à celui-ci (2).

Le système du transfert de la propriété de la provision trouve son appui essentiel dans les besoins du commerce ; il a été créé en vue d'augmenter les chances de paiement de la traite et d'assurer, ainsi, la sécurité de transmission de cet instrument de crédit. Augmenter d'une manière générale la valeur de la lettre de change, en augmentant les garanties du porteur, tel était le but poursuivi par les tribunaux.

Le transfert de la provision par l'émission ou l'endossement de la lettre de change est devenu une garantie tellement indispensable pour la circulation de cet effet de commerce, que le monde de la banque regardait avec méfiance la perspective d'une solution contraire, qui était susceptible de bouleverser les pratiques commerciales françaises (3). Aussi, M. Laval, au nom de l'Union des banquiers de Paris et de Province, et M. Guillaume, au nom de la Banque de France, défendirent à

1. V. *Annales parl. belges*, session (1867-1868), p. 181 et s. V. aussi année 1869, p. 152.

2. V. *supra*, p. 62.

3. V. Rapport de la Commission parlementaire, session 1916, n° 1992.

Anvers la doctrine favorable au porteur, en disant que ce serait donner un coup fatal que de refuser à celui-ci un droit privatif sur la provision (1).

Le système de la jurisprudence était donc entré dans les habitudes du monde de la banque de telle sorte qu'il n'y avait plus lieu, malgré la campagne menée par les admirateurs du système germanique, de compter sur un revirement de cette jurisprudence. Comme celle-ci persistait toujours dans sa manière de voir, on devrait plutôt s'attendre à ce que la théorie du transfert de la propriété de la provision fût consacrée définitivement par le législateur.

En sanctionnant l'usage et en le modelant, la jurisprudence avait rempli son rôle, et, par là, simplifié la tâche du législateur qui, pour faire une bonne loi commerciale, n'a qu'à se borner à consacrer l'usage (2). C'est ce que le législateur fit d'ailleurs, en ajoutant, par une loi du 8 février 1922 (art. 4), à l'article 116 du Code de commerce un deuxième alinéa aux termes duquel : « la propriété de la provision est transmise « de droit aux porteurs successifs de la lettre de change (3) ».

Etant donnés le caractère complexe du système de la jurisprudence et les nombreuses difficultés d'application qu'il comporte, on va certainement se demander, non sans raison, si l'article 4 de la loi du 8 février 1922 est suffisant pour mettre fin aux nombreuses discussions, auxquelles a donné lieu la théorie de la propriété de la provision.

Il convient de remarquer, tout d'abord, que la loi du 8 février 1922 emploie le terme de *propriété*. Cependant, comme nous l'avons déjà vu, la provision consistant en une créance, on devrait plutôt parler d'un privilège (4). Nous reconnaissons, toutefois, que la jurisprudence ne pouvait

1. *Actes du Congrès d'Anvers*, p. 376.

2. V. Lyon-Caen, *Jour. de dr. intern. priv.*, 1884, p. 352.

3. La proposition avait été déposée à la Chambre des députés par M. Louis Dubois, le 12 mai 1914. V. *J. off.*, doc. parl., Chamb. des députés, session de 1914, n° 3672.

4. V. A. Wahl, *op. cit.*, n° 1950. La loi belge du 22 avril 1872 a adopté l'idée de privilège. V. Cass. belge, 6 février 189, Pasier. 1879 I, 11 avec les conclusions de l'avocat général Mélot. V. aussi pour l'introduction de ce système en Suisse, Wieland, *Umgestaltung*, p. 31.

pas user de l'expression de privilège, pour cette simple raison que celui-ci suppose un texte de loi. Or, une loi étant intervenue, il y a lieu de se demander si le législateur n'eût pas mieux fait de parler d'un droit de privilège que d'employer le terme de propriété.

D'autre part, le deuxième alinéa de l'article 116 du Code de commerce porte que « la propriété de la provision est transférée de droit aux porteurs successifs de la lettre de change ». D'après ce texte, la création ou l'endossement de la lettre de change opérera *ipso jure* le transfert de la propriété de la provision sur la tête du porteur. Cependant, nous avons vu que les tribunaux, se basant sur le premier alinéa de l'article 116 du Code de commerce, décident que le tireur peut disposer de la provision jusqu'à l'échéance. Or, il semble, à première vue, que désormais le tireur ne pourra plus user de cette faculté, étant donné que, d'après le deuxième alinéa de l'article 116 précité, la propriété se trouve acquise au porteur de la lettre de change par le fait de l'endossement (1).

Cela étant, on pourrait se demander également si le tiré non acceptant ne sera pas responsable vis-à-vis du porteur de la traite si, ayant eu connaissance de l'existence d'une lettre de change tirée sur lui par son créancier, il se dessaisit de la provision entre les mains de ce dernier. L'affirmative, d'après-nous, ne ferait aucun doute, si l'on se bornait à appliquer littéralement le deuxième alinéa de l'article 116 du Code de commerce, car le tiré doit être considéré comme étant de mauvaise foi, étant donné qu'il remet au tireur un bien qui est devenu la propriété du porteur, en vertu de l'endossement.

Il semble qu'il y a une contradiction entre le premier et le deuxième alinéa de l'article 116 du Code de commerce, car, tandis que d'après le deuxième alinéa, le porteur devient de plein droit propriétaire de la provision au moment de l'endossement, le premier alinéa se place à l'échéance, pour décider s'il y a provision ou non, c'est-à-dire à une date posté-

1. Nous envisageons un endossement intervenant avant l'échéance de la lettre de change.

rière à la création ou à l'endossement de la lettre de change.

Il est certain que les tribunaux qui, tôt ou tard, seront amenés à interpréter l'article 116 modifié, vont se référer aux travaux préparatoires de la loi du 8 février 1922, afin de dégager nettement l'intention du législateur. Or, dans l'exposé des motifs, M. Dubois déclare que l'incorporation du deuxième alinéa à l'article 116 du Code de commerce « n'est
« que la consécration d'une jurisprudence absolument cons-
« tante et d'ailleurs justifiée aussi bien par le texte même de
« l'article 149 du Code de commerce que par les nécessités
« de la pratique ». Ainsi, il semble que le législateur ait eu l'intention de consacrer la jurisprudence, telle qu'elle était à la veille de la création de la loi. Cette jurisprudence accorde au tireur le droit de disposer de la provision jusqu'à l'échéance. Ce droit, le législateur a certainement entendu le laisser au tireur, étant donné que, d'une part, il n'a apporté aucune modification au paragraphe 1 de l'article 116 du Code de commerce et que, d'autre part, la solution contraire aurait pour conséquence d'immobiliser les fonds jusqu'au jour de l'échéance (1). Cette immobilisation des fonds est susceptible de paralyser les affaires du tireur et ne constitue pas pour le porteur une grande utilité, lorsque le tireur présente des garanties sérieuses de solvabilité (2).

1. V. Cass. belge, 6 févr. 1879 précité. La loi du 20 mai 1872 laisse au tireur de la lettre de change la libre disposition de la provision jusqu'au jour de l'exigibilité ; ce droit est personnel au tireur et ne peut être exercé par les créanciers. V. *Conclusions de l'avocat général Mélot*, Pasic., 1879, I, 111.

2. Les dispositions du Code de commerce français relatives à la provision se retrouvent textuellement au Code du Luxembourg (art. 115, 116 et 117). — Monaco (art. 79, 80, 81, 133, 134) ; Turquie (art. 7, 73, 74, 75, 127, 128). — V. pour la théorie de la propriété, de la Provision qui est admise par les tribunaux turcs : Djelal Bey, *Droit commercial*, 2^e édit., p. 433 ; Békir Behloul, *La lettre de change*, p. 46 ; Osman Bey dans la *Djéridéy-Aflié*, année 1326 (arabe), p. 1183. — Grèce (art. 115, 117). — Serbie (85, 86, 87, 146). — Haïti (art. 113, 115, 168). — Code Egyptien indigène (art. 114). Cet article consacre la thèse de la jurisprudence française. — Espagne (art. 456) ; v. aussi pour la jurisprudence espagnole qui admet la théorie française, Huguet, *Y Cam-paña*, p. 124 et suivante.

Le Code Hollandais qui admet la théorie de la provision a écarté le système

de la jurisprudence française. Il porte dans son art. 110 : « En aucun cas le
« porteur d'une lettre de change protestée n'a droit sur la provision faite par le
« tireur chez le tiré ». — V. aussi Chili, art. 695. — Guatemala, art. 579 ;
— Colombie, art. 82. — L'art. 475 du Code de commerce mexicain exige l'ac-
ceptation pour attribuer au porteur la propriété de la provision.

TITRE II

De la Propriété de la Provision en Droit allemand

CHAPITRE PREMIER

DE LA NATURE JURIDIQUE DE LA LETTRE DE CHANGE D'APRÈS LA DOCTRINE ALLEMANDE

La source principale du droit de change, en Allemagne, est l'ordonnance générale allemande sur le change (*Allgemeine deutsche Wechselordnung*) ; cette ordonnance fut édictée sur l'initiative du Zollverein prussien, conformément à une requête soumise par le Wurtemberg, en 1846, à la huitième conférence générale des Etats du Zollverein (1). Ce texte qui fut établi à la Conférence de Leipzig, a été complété et interprété à diverses reprises ; il est enfin devenu loi fédérale le 5 juin 1869, et loi d'Empire en 1871.

Parmi les jurisconsultes qui rédigèrent des projets (Liebe pour le Brunswick, Einert pour la Saxe et Thœl pour le Mecklenbourg), c'est à Einert qu'on attribue le plus généralement la paternité de cette loi.

Dans son ouvrage paru en 1839, Einert reproche au système français d'appliquer aux lettres de change les principes

1. V. Code de commerce allemand traduit et annoté par Paul Gide et Lyon-Caen. Introduction. — Corack, *Traité de Droit comm.*, t. II, § 47.

du droit romain et de voir le contrat principal dans la convention intervenue entre le preneur et le tireur (1).

Sentant toutefois la difficulté qu'il y avait à écarter l'histoire et à créer de toutes pièces une nouvelle théorie, le savant auteur a cru devoir parler des lacunes que présente l'histoire du change ; il a pensé que l'étude historique du change ne présentait pas un grand intérêt, car il n'y avait pas lieu, dit-il, d'espérer pouvoir puiser dans l'histoire des renseignements concernant la nature juridique de la lettre de change, étant donné que l'origine de celle-ci est entourée d'une obscurité impénétrable. « L'impossibilité dans laquelle on se trouve, déclare l'auteur, de mener en matière de change une étude historique dans la même direction que celle qui est suivie dans toutes les autres parties du droit positif, a obligé les savants à se placer sur un autre terrain (2). »

Aussi, abandonnant l'opinion traditionnelle, Einert a proposé un système basé sur une nouvelle conception de l'effet de commerce (3). Ce système, qui repose sur l'idée de la dette abstraite, n'est pas le seul qui ait été défendu en Allemagne ; d'autres opinions aussi furent enseignées avec plus ou moins de succès (4).

C'est à l'étude de quelques-unes de ces théories, que nous choisirons parmi celles qui sont le plus en vogue, que sera consacré le présent chapitre. Dans une première section de ce chapitre, nous étudierons les théories d'Einert et de Liebe, qui virent dans la dette cambiaire une dette abstraite. Une deuxième section sera consacrée à l'étude de la nature des

1. *Das wechselrecht nach dem Bedürfniss des wechselgeschäfts im neunzehnten Jahrhundert*, p. 13 et suiv.

2. *V. op. cit.*, p. 2 et 3.

3. Jusqu'au début du dernier quart de *xvii*^e siècle, la doctrine allemande avait adopté la conception traditionnelle de la vente d'argent. *V. Rode* (1646). *Diss. jurid. de cambiis* en appendice à l'*Anleitung zum gründlichen Verstand des Wechselrechts* d'Heydegger, Cologne (1715).

4. D'après M. Thaller, la variété des systèmes est purement intérieure, la discussion porte plutôt sur l'emploi d'une terminologie que sur le droit lui-même. Au bout du compte, tous les Allemands sont d'accord sur la catégorie dont la lettre de change dépend (*V. Bulletin de la Soc. de légis. comp.*, 1900, p. 793).

rapports juridiques existant entre le souscripteur et le porteur de la lettre de change.

SECTION I

Théorie de l'Acte abstrait

§ 1. — *Système d'Einert*

Qu'est-ce tout d'abord qu'un acte abstrait ?

L'acte abstrait, c'est un acte dont l'existence et la valeur juridiques sont indépendantes des raisons qui ont poussé à faire l'acte. Cet acte dont la cause est détachée par la volonté arbitraire des parties (1), suppose donc des effets fondés sur le fait d'une manifestation de volonté. Ainsi, on peut dire qu'il est la forme de contracter que peuvent revêtir les conventions les plus diverses et qui n'établissent pas entre les parties des relations juridiques réciproques, caractérisées par le but spécial que celles-ci ont en vue d'atteindre. Ces conventions, par cela seul qu'elles ne révèlent pas au dehors leur cause juridique, ne rentrent pas dans la catégorie de contrats particuliers, étant donné qu'elles ont précisément pour but de ne laisser apparaître qu'une partie des résultats que les parties contractantes ont voulu obtenir et de rejeter, en conséquence, tout caractère propre et distinct.

« L'obligation abstraite, dit M. Salcilles, possède en soi son
« pouvoir d'engagement après qu'on l'a amputée de sa cause
« déterminante. Elle possède ce pouvoir au point que là même
« où le débiteur aurait à reprocher au créancier, qui l'assigne,
« des manœuvres personnelles à cet individu et ayant surpris
« son propre consentement, il lui faudra cependant payer la
« dette, quitte à entreprendre ensuite en procédure ordinaire
« une action, afin de se faire restituer la somme (*solve et
« repete*) (2). »

1. A. Wahl, *Des Titres au porteur*, t. I, 399.

2. V. Etude sur la théorie générale de l'obligation, n° 259 et s. — Duez, *La Renaissance de l'acte abstrait dans les obligations*. Thèse Lille, 1914, p. 15 et s.

La théorie d'Einert présente la lettre de change comme un acte abstrait. D'après cette doctrine, la lettre de change n'a pas pour objet de constater la convention intervenue entre le tireur et le preneur ; cette convention existe, mais elle se trouve ailleurs et dans des actes étrangers à la traite. « La lettre de change ne constate que l'engagement pris par le tireur, non pas envers une personne déterminée, mais envers le public, de payer la somme portée sur le titre à l'endroit déterminé et à l'époque fixée. Le droit résultant de cet engagement se fixe sur la tête de la personne qui reçoit l'effet entre ses mains. La lettre de change ne serait en somme que le véhicule de la promesse du tireur (tiré acceptant) (1). »

Ainsi, d'après ce système, la lettre de change n'a pas un contrat de change à sa base, en tant que l'on entend sous le terme de contrat l'accord intervenu entre deux ou plusieurs personnes (*duorum plurumve indem placitum*). Elle renferme une promesse faite au public, et dont seul pourra se prévaloir celui qui devient possesseur de l'effet, conformément à la loi.

La traite engendre une créance qui est détachée de la convention du fond, laquelle a été la cause de l'émission de l'effet ; elle oblige le signataire par la vertu même du titre, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper de la cause la plus lointaine, vente, prêt, etc., qui a pu déterminer sa création, son acceptation ou son endossement.

Cette conception sur la lettre de change, qui est celle de la majorité de la doctrine allemande et même du législateur de la *Wechselordnung*, a pour effet d'interdire au signataire de se réfugier sous des moyens défensifs cherchés hors du titre, tirés des défauts que présente le contrat primordial, et qui pourraient préjudicier au porteur de bonne foi.

Einert a soutenu cette théorie parce qu'il croyait voir dans

1. Les auteurs qui ont adopté et défendu le système d'Einert sont : Brauer, *Wechselordnung*, 2. Aufl. 1851. — Kheil, *Wechselrecht*, 1859. — Koch, *Wechselordnung*, § 3, p. 17. — Kuntze, *Archiv. für Wechselrecht*, t. VIII, p. 345. — *Wechselrecht*, p. 266. — Vidari, *La lettera di cambio*, n° 28 et s. — Calamandrei, *La Cambiale* (Florence, 1883).

la lettre de change une espèce de papier-monnaie créé par les commerçants pour les besoins du négoce. Le commerçant, dit l'auteur, paye avec la lettre de change la marchandise qu'il achète, et le vendeur se tient pour payé par l'effet qu'il reçoit, non pas seulement lorsqu'il en touche le montant, mais dès que le titre lui a été remis.

Poussant l'analogie des effets de commerce avec le papier-monnaie un peu à l'extrême, le savant auteur déclare que « lorsqu'un particulier tire une lettre de change pour la « mettre en circulation, il ne peut annoncer son intention par « un programme publié avant l'émission ; la place de ce « programme est tenue, en général, par la loi ou par le « droit de change, que l'on peut considérer comme quelque « chose d'absolu et d'incommutable, si l'on admet l'identité « de la lettre de change et du papier-monnaie. Ce qu'on « trouve dans l'annonce de l'émission d'un papier-monnaie, « la loi doit le suppléer et considérer la promesse de payement que contient la lettre de change, comme s'adressant « au public pour lequel une lettre de change est faite. (1) »

L'assimilation de la lettre de change a été vivement critiquée par certains auteurs qui reconnaissent, toutefois, que c'est à Einert que revient le mérite d'avoir écarté l'ancienne doctrine et d'en avoir dégagé le législateur de 1846 (2).

Parmi ces auteurs, M. Sorani déclare que : « Einert a fondu l'application pratique de l'instrument avec la nature « juridique, ses contours avec l'ossature ; il s'est arrêté à son « apparence pure et simple et a cru trouver l'identité là où il « n'y avait qu'une analogie (3). »

Le papier-monnaie suppose, en effet, une valeur uniforme et égale attachée au papier ; même le plus souvent, sinon toujours, il implique cours forcé. On ne peut songer à rien d'analogue lorsqu'il s'agit d'obligations créées par les particuliers, lesquelles n'auront jamais d'autre valeur que celle que leur donne le crédit du souscripteur.

1. *Op. cit.*, p. 85.

2. Grünhut, *Wechselrecht*, p. 246. — Hartmann, *Das deutsche Wechselrecht*, p. 80 et s.

3. *La Cambiale*, Rome, 1900, t. I, p. xxiv.

§ 2. — *Théorie de l'acte formel*

Liebe, qui était chargé par le Brunswick de la rédaction d'un projet de loi sur le change, est l'auteur d'un autre système qu'on appelle la théorie de l'acte formel (1).

Cette théorie ne diffère pas beaucoup du système d'Einert. En effet, son représentant, qui enseigne que la lettre de change doit se suffire à elle-même et être, par conséquent, indépendante des liens juridiques existant entre le preneur et le tireur au moment de sa création, reconnaît également la nature abstraite de l'obligation cambiaire. Afin de mieux mettre en relief le caractère abstrait de la créance renfermée dans la lettre de change, Liebe a fait intervenir la vieille institution de la stipulation romaine (2).

Toutefois, il s'écarte du système d'Einert lorsqu'il déclare que la lettre de change donne naissance à certains rapports juridiques d'une nature particulière, qui diffèrent de ceux qui existent au moment de l'émission de l'effet, entre les parties ayant participé à sa création et à sa circulation, et qu'on ne rencontre pas dans la circulation du papier-monnaie.

Ainsi, Liebe continue à reconnaître que la lettre de change dérive d'un contrat et que, par conséquent, le souscripteur et les autres parties impliquées dans la traite sont engagés dans un lien contractuel. Cependant, il considère ce lien comme n'étant pas de la même nature que celui qui résulte des conventions ordinaires. Pour lui, le contrat de change constitue un contrat *litteris*. Les précédents romains de cette institution étaient susceptibles de tracer la voie à sa théorie.

D'après l'auteur allemand, la lettre de change, dans le droit moderne, est comme la stipulation, en droit romain, le moule juridique mis à la disposition des parties pour

1. Braunschweiger Entwurf, p. 39 ; *Einleitung zur Wechselordnung*, p. xxii. V. aussi Volkmar und Löwy dans *Gold. Zeitsch.*, t. II, 559. — Windscheid, *Pandekt*, § 412 b note 2. — Regelsberger, *Handbuch*, Endemann II, 491 et s.

2. Liebe, *Die stipulat. u. das einzige Versprechen*, pp. 6, 83, 84.

créer un droit de créance au moyen d'un acte juridique, que l'on veut laisser dans l'ombre, pour s'en tenir au but immédiat que l'on cherche. En créant la lettre de change, les parties se servent d'une formule solennelle qui imprime, à elle seule, un caractère de nécessité qui paraît absolu, et dispense de chercher plus avant.

Lièbe dégage cette idée en rapprochant la stipulation de la lettre de change. Cependant, à la différence de certains auteurs, il reconnaît que la force obligatoire de la stipulation dépend de la forme qui l'accompagne ; toutefois, il considère cet effet attaché à la forme comme le résultat de l'intention présumée des parties, de sorte que les solennités employées font présumer chez le débiteur l'intention absolue de s'engager, indépendamment de toute circonstance (1).

Si donc, aujourd'hui, pense l'auteur, les parties manifestent une volonté semblable, il faudra donner effet à leur intention, et cela d'autant plus qu'elles emploient, pour exprimer cette volonté, une formule réglée par des dispositions légales. Cette formule légale, c'est la lettre de change.

Cependant, certains auteurs enseignent que la volonté des parties n'est pour rien dans la formation de cet acte formel ; celui-ci produira ses effets du moment qu'il est fait conformément aux prescriptions légales, sans qu'il y ait lieu de rechercher s'il était dans l'intention des parties de faire produire ces effets. L'intention et le consentement des parties, déclarent ces auteurs, ne doivent pas être recherchés, car ils ne peuvent constituer que le mobile de l'adoption de cette forme légale, à laquelle seule les effets de l'acte devront leur existence (2). Un lien de droit prend naissance du fait de l'émission de la lettre de change ; ce lien n'a aucune contingence avec le rapport juridique antérieur des parties de sorte que, en cas de litige relativement à cette lettre de change, le juge se bornera à examiner si le titre existe et s'il est rédigé conformément à la loi. Le juge statuera sans prendre en considération, ni le but, ni la nature de

1. V. Lièbe, *op. cit.*, § 6 et 7.

2. V. Von Canstein, *Lehrbuch des Wechselrechts*, pp. 261 et s.

l'opération voilée par la traite, ni même l'intention des parties ; c'est dans le titre seul, sans rien rechercher dans les conventions qui ont précédé sa rédaction, et qui furent peut-être la cause de cette rédaction, que les juges trouveront les raisons décisives (1).

SECTION II

Nature des rapports juridiques existant entre le débiteur cambiaire et le porteur de la lettre de change.

A côté des théories que nous avons exposées dans la section précédente et qui présentent la lettre de change comme un acte abstrait, on a proposé quelques systèmes, en vue d'expliquer la nature du lien existant entre le souscripteur de l'effet (tireur, accepteur) et la personne au profit de laquelle le titre est créé.

Parmi ces théories, celles qui adoptent le système du contrat, enseignent que les liens de droit, qui s'établissent entre le porteur de la lettre de change et le débiteur cambiaire, ont un caractère purement contractuel, tandis que les autres expliquent ces liens par la notion de l'acte unilatéral (2).

Nous étudierons ces deux systèmes dans deux paragraphes différents.

§ 1. — *Théorie du contrat*

Les représentants du système du contrat soutiennent que l'obligation du tireur (tiré acceptant) ainsi que le droit du preneur (porteur) ont pour base une convention, qui intervient à la suite d'un échange de consentements entre les parties contractantes (3).

1. V. *Entscheid*, II, 366.

2. Ce raisonnement s'applique également au billet à ordre.

3. V. Thöl, *Handelsrech.*, t. II, 247. Bluntschli, *Wechselordnung*, p. 3. — Gerber, *Deutsches Privatrecht*, § 209. — Renaud, *Wechselrecht*, 3^e édit, § 12. — Sohm, *Gold. Zeitsch.*, t. XVII, 72 et 81. — Gierke, *Gold. Zeitsch.*, t. XIX, 258.

D'après cette théorie, un contrat est conclu tout d'abord entre le tireur et le preneur. Celui-ci peut ultérieurement, soit en qualité de mandataire, soit à titre de déléguant, transmettre à une autre personne, par la voie de l'endossement, la créance qu'il a acquise en vertu de ce contrat, de telle sorte qu'un nouveau contrat est conclu entre chaque endosseur et chaque nouveau porteur.

Ce système explique l'inopposabilité des exceptions par le principe de la foi publique qui est due aux titres à ordre (1).

Certains auteurs déclarent que le débiteur cambiaire ne peut pas opposer au porteur les exceptions qu'il avait contre l'auteur de ce dernier, parce que la convention intervenue entre le tireur (tiré acceptant) et le preneur est accompagnée d'une clause accessoire, acceptée de part et d'autre, en vertu de laquelle il s'engage à ne pas discuter le droit du porteur, quel qu'il soit, et à payer au titre (2).

Une autre opinion soutient que le contrat intervient entre le souscripteur de l'effet et le preneur, et que celui-ci accepte la créance au nom de tous les porteurs ultérieurs. Ainsi, il y aurait un contrat, non avec un tiers indéterminé, mais avec une personne déterminée, en faveur de cette personne et la série des personnes suivantes encore indéterminées, de sorte que le preneur primitif, s'il vient à céder son droit, sera censé n'avoir été qu'un intermédiaire entre le souscripteur et celui à qui il cède son titre. Le cessionnaire du titre obtiendra donc contre l'émettant un droit propre qu'il tiendra du cédant du titre (3).

Sohm a enseigné que la promesse de change renferme une série de sollicitations faites *ad incertas personas*; chacun des endossements de la traite vient parfaire chaque offre et former, par conséquent, un contrat (4).

1. V. Brunner, dans *Endemanns Hdb.*, t. II, 168, 190, 194.

2. V. Bülow, *Abhg über einzelne Materien des rom. bürgerl. Rechts*, t. II, 19. Renaud, *Beiträge zur theorie der oblig. auf dem Inhaber* dans la *Zeitsch. für deutsches Rech.*, t. XIV, 321-331.

3. V. Goldsch. *Zeitsch.*, t. VIII, 325; t. IX, 162; t. XXVIII, 164; v. aussi *System des Handelsrechts*, t. I, 607.

4. Goldsch. *Zeitsch.*, t. XXIX, 258.

Gierke a donné une forme plus juridique à cette théorie en voyant dans le fait de la souscription du titre la déclaration d'une offre de contracter, qui, par suite de l'émission, se trouve incorporée dans le papier et va ainsi au devant de l'acceptation du créancier éventuel. L'acquisition du titre complète l'échange des volontés et entraîne, par conséquent, la formation du contrat (1).

Ces théories partent presque toutes d'un même point de départ : le souscripteur fait une offre à une personne indéterminée. Elles considèrent celui-ci comme maintenant l'offre, jusqu'au moment où l'effet est accepté par un tiers. L'offre, d'après ces systèmes, n'est pas susceptible, à elle seule, d'engager le souscripteur du titre. Pour que ce souscripteur soit lié, il faudra que cette offre soit acceptée par une personne quelconque.

Abstraction faite de l'obligation imposée au pollicitant de maintenir l'offre, ces théories considèrent l'obligation cambiaire comme le résultat d'un contrat conclu entre le tireur (tiré acceptant) et le preneur (ou dernier porteur).

Cependant, dans le but de rendre la naissance de la dette de change indépendante de l'acceptation de l'offre adressée par le souscripteur du titre, certains auteurs ont proposé un autre système qui, à l'opposé des théories précédentes, rattache les rapports juridiques résultant de la lettre de change à l'idée d'engagement unilatéral.

Le système du contrat, déclarent ces auteurs, n'est admissible que si l'on considère les porteurs ultérieurs de la lettre de change comme les ayants cause du preneur ; il ne se défend plus, lorsqu'on reconnaît au porteur un droit propre et direct contre le souscripteur. L'existence d'un pareil droit au profit du porteur, ajoutent les adversaires du système du contrat, ne peut se justifier que par la théorie de l'acte unilatéral.

C'est à l'étude de cette dernière opinion, qui semble jouir d'une faveur toute particulière auprès des auteurs allemands, que sera consacré le paragraphe suivant (2).

1. Goldsch, *Zeitsch.*, t. XXIX, 258.

2. En Italie, la théorie de l'acte unilatéral s'est introduite sans rencontrer de

§ 2. — *Système de l'acte unilatéral*

Les représentants de la théorie de l'acte unilatéral soutiennent que le contrat n'est plus la seule source d'engagements nés de la volonté, et qu'il faut y joindre dans certains cas, mais cependant assez nombreux, l'engagement par la promesse unilatérale (1).

La théorie de l'acte unilatéral considère le promettant comme étant lié dès le moment où il a manifesté sa volonté de s'engager. La promesse unilatérale, qui est la cause de l'engagement du débiteur, n'est pas une offre exigeant le maintien de la volonté du promettant jusqu'au moment de l'acceptation de l'offre par le pollicité ; l'obligation du débiteur est déjà formée au moment où l'acceptation intervient ; elle subsiste même après rétractation du promettant.

Pour la naissance de la dette, il n'est pas besoin d'une contre-partie actuelle ; cette contre-partie pourra intervenir ultérieurement, pour mettre à profit l'obligation qui grève le patrimoine du débiteur depuis le moment où celui-ci a fait une promesse.

résistance. Déjà, en 1869, Vidari la couvrit de son autorité (*Lettera di Cambio*, no 34) ; v. aussi Vivante, *Droit commercial*, t. III, no 968.

La conception de l'acte unilatéral ne semble pas avoir gagné beaucoup de terrain en droit français (cf. Boistel, *Le Code civil et la philosophie du droit*, dans le *Livre du Centenaire*, p. 56). M. Thaller, dans son *Etude sur la nature juridique des titres de crédit* (*Ann. Dr. com.*, 1906, p. 81), considère l'institution comme étant en opposition avec une saine sociologie. M. Planiol (*Tr. de Dr. civ.*, t. II, no 832) nie sa possibilité purement et simplement. M. Wahl, dans son *Traité des titres au porteur* (no 250 et s.), se refuse personnellement de s'y associer. M. Saleilles (*Essai d'une théorie générale de l'obligation*, no 275 et s.) l'admet seulement dans les cas où la loi a statué expressément. MM. Colin et Capitant l'admettent dans leur traité (t. II, 272). M. Duguit pense que le cadre classique de l'obligation, rapport juridique formé entre les deux sujets, craque de toutes parts, et que la création d'effets de droit par une volonté particulière tend à prévaloir de plus en plus.

1. Le Code civil allemand admet l'obligation unilatérale dans l'offre, dans les titres au porteur, la promesse de récompense et dans les fondations. V. aussi Code fédéral des obligat., art. 5 et Code civil brésilien de 1916, art. 1080.

D'après certains auteurs, la lettre de change renfermerait un engagement unilatéral (1). Le souscripteur de l'effet se trouve engagé dans les liens de l'obligation cambiaire par suite de la manifestation de sa volonté, qui se trouve suffisamment constatée par l'apposition de sa signature sur le titre (2).

Ainsi, le droit que renferme la lettre de change repose exclusivement sur la volonté du signataire, c'est-à-dire sur une déclaration de volonté unilatérale. Le souscripteur de l'effet seul (tireur, accepteur) est le créateur du *nomen* ; c'est lui qui, en revêtant la traite de sa signature, donne valeur au titre. Le preneur, en recevant la lettre de change, acquiert une créance déjà formée et matérialisée ; en prenant l'effet, il ne concourt pas à la création du droit qu'il renferme (3).

Les auteurs qui admettent l'idée d'une obligation résultant d'un acte unilatéral, ne sont pas d'accord entre eux quant au fait devant consommer cet acte. Les uns, se ralliant à la théorie adoptée par le législateur allemand en matière de titres au porteur, déclarent que le droit renfermé dans la lettre de change résulte de l'acte de création du titre (*Kreations theorie*) et, par suite, d'un engagement existant d'ores et déjà par le fait d'une déclaration unilatérale de volonté non encore adressée au public et se manifestant par la seule signature du titre. C'est le fait de la souscription, et non la mise en circulation, qui forme l'obligation cambiaire (4).

Les autres, au contraire, soutiennent que la simple création du titre est insuffisante à elle seule pour engendrer une obligation à la charge du souscripteur, et qu'il faut, en outre, que la lettre de change sorte des mains de ce dernier pour

1. V. Grünhut, *Wechselrecht*, t. II, 275.

2. *Entsch.*, *Les 3 civilsenats* du 12 juin 1885, t. XIV, 22 ; v. aussi la dissertation du professeur Lehmann, dans la *Zeitsch. für das gesammte Handelsrecht*, t. XXXIII, 413.

3. Kuntze, *Archiv für Wechselrecht*, t. VIII, 77, 83. — Martin, *Neues Archiv für Handelsrecht*, II, 397. — Volkmar u. Lœvy dans *Goldsch. zeitsch.*, II, 552. — Adler, *Das oesterreichische Wechselrechts*, p. 44. — Grünhut, *op. cit.*, II, 275. V. Caustein, *Lehrbuch des Wechselrechts*, § 4, p. 45, note 7.

4. Gierke a vu dans la lettre de change une promesse résultant d'un monologue avec soi-même (*Der Entwurf*, *Revue de Schmoller*, t. XIII, p. 88).

tomber entre celles d'un tiers (1). Le souscripteur, déclareraient ces auteurs, peut détruire la traite tant qu'elle se trouve entre ses mains, sans que, pour cela, il engage sa responsabilité ; cela prouve d'une façon évidente, qu'il ne se trouve lié encore envers personne. Au contraire, la traite produira ses effets, dès qu'elle entrera en circulation, car, à partir de ce moment, il sera tenu envers celui qui possédera la traite d'une façon légitime (*Aushändigungs u. Begebungstheorie*). En effet, la volonté de s'obliger, ajoutent ces auteurs, lorsqu'elle a été matérialisée par le titre, n'a de force juridique que lorsqu'un tiers acquiert sur le titre un droit de propriété ; en créant l'effet, le souscripteur n'a pas créé l'engagement, il a simplement créé un objet matériel destiné à servir de fondement à son engagement, et il a subordonné la naissance de l'obligation à l'acquisition du titre (2).

Les représentants de la théorie de l'acte unilatéral pensent que leur système est préférable aux autres théories, étant donné qu'il est le seul qui soit susceptible d'expliquer la formation de tous les rapports juridiques en jeu dans la lettre de change. Ce système aurait, en outre, le mérite de justifier le non-transfert au porteur des sûretés consenties au preneur et de répondre à une des principales difficultés que soulève l'étude du titre à ordre, comme du titre au porteur : la non-opposabilité au dernier porteur des exceptions personnelles aux porteurs précédents (3).

D'autre part, cette doctrine renfermerait en germe les dispositions formulées sous forme d'articles par la *Wechselordnung* et s'accorderait, en outre, avec le but poursuivi par le législateur allemand, qui entend favoriser l'emploi de la lettre de change comme un instrument de crédit (4).

Ces auteurs reconnaissent toutefois la difficulté qu'il y a à écarter l'idée de contrat, car, déclarent-ils, on est toujours

1. Unger, *Grünhuts zeitsch.*, II, 372. — Jolly, *Kritische Ueberschrift*, II, 548. — Goldschmidt, dans sa Revue III, 274 ; Brünner, *op. cit.*, II, § 194, p. 167.

2. Dernbürg, *Lehrbuch*, II, 747.

3. V. *Entsch. des R. O. H. g.*, t. I, 61 et 294 ; V, 36 ; VII, 253. — Adde : Thœl, *op. cit.*, p. 449, 456 et 459. — Renaud, *op. cit.*, p. 169.

4. V. Kuntze, dans *End. Hdb.*, § 28, note 14.

porté à voir un contrat à la base de la lettre de change, pour cette raison que l'émission d'une traite, en général, n'est que la suite d'une convention conclue avant sa création et ayant pour conséquence cette création. Cet accord qui intervient entre les parties relativement à l'émission de la traite (*pactum de cambiando*, *Wechselschluss*, *Wechselvorvertrag*) est certainement générateur de certaines obligations ; mais, ajoutent ces auteurs, ces obligations appartiennent à un domaine qui se trouve en dehors du cadre de la lettre de change (1). En vertu de cette convention, on peut exercer certaines actions comme, par exemple, l'action en livraison de la lettre de change, ou l'action en paiement de la valeur fournie ; mais ces actions ne sont pas la sanction d'une créance cambiaire ; ce sont des actions de droit commun.

Le système qui voit un acte unilatéral à la base de la lettre de change, n'est pas exempt de toute critique. Cette théorie ne fait aucune distinction entre les bénéficiaires éventuels du titre. Cependant, il nous semble qu'il y a lieu de relever une différence entre les porteurs successifs de la lettre de change. Parmi ceux-ci, le preneur, c'est-à-dire le contractant direct du souscripteur de l'effet, ne doit pas être assimilé totalement aux autres porteurs du titre ; le débiteur cambiaire a contracté directement avec le preneur ; il y a entre ces deux parties contractantes un échange de consentements en vue de la négociation de la traite. Les rapports juridiques naissant entre le souscripteur et le preneur de l'effet de commerce ne sont que le résultat d'un contrat (2).

La théorie de l'acte unilatéral, comme nous l'avons déjà vu, a été proposée pour expliquer la nature des rapports juridiques s'établissant entre le débiteur cambiaire et le dernier porteur de la lettre de change. Cette théorie n'a donc apporté aucune

1. V. Thœl, *op. cit.*, II, § 191. — Hartmann, *op. cit.*, p. 68.

2. Vivante, qui a prévu l'objection, a remanié la théorie de l'acte unilatéral. D'après le savant auteur, le cocontractant immédiat, c'est-à-dire le preneur, demeure, vis-à-vis du souscripteur, régi par le rapport de fond et ne peut pas faire appel contre lui à l'acte unilatéral (*op. cit.*, t. III, n° 968. — V. en ce sens, Bolaffio, *Archiv. giuridico*, 67 (Extrait du vol. en l'honneur de Francesco Schupfer, p. 30). — Segré, *Dei titoli oblig. al protatore* (extr. p. 13).

modification à la conception allemande sur la nature de la lettre de change, c'est-à-dire sur son caractère abstrait. Ainsi, les représentants de presque toutes les théories germaniques admettent que la lettre de change renferme une dette abstraite, n'ayant aucune contingence avec les rapports juridiques existant entre les parties antérieurement à la création du titre.

Comme le législateur allemand a adopté la manière de voir de la doctrine, on comprend bien que la lettre de change, telle que l'a réglementée la W. O., se trouve dégagée des règles relatives à la provision, laquelle fait certainement l'objet d'un accord entre le tireur et le tiré. Mais cet accord reste dans le domaine du droit commun et ne se trouve pas, par conséquent, régi par le droit du change.

Ainsi, s'il est exact de dire que le droit du change allemand ne règle pas la question de la provision, il est inexact de prétendre que le droit allemand ignore toute théorie de la provision. Cette théorie a son siège dans le droit civil (1). C'est en nous plaçant sur ce terrain que nous nous proposons de l'étudier dans une troisième Section.

Dans un premier paragraphe de cette section, nous exposerons la doctrine allemande relative à la théorie de la propriété de la provision ; un deuxième paragraphe sera consacré à l'examen de la question de savoir si le porteur d'une lettre de change non acceptée acquiert un droit direct contre le tiré ayant provision.

SECTION III

La propriété de la provision

§ 1. — *A qui appartient la provision ?*

La conception germanique sur la nature juridique de la lettre de change n'a pas empêché les auteurs allemands de s'occuper de la question de savoir si, en cas de faillite du tireur, le porteur de la lettre de change a ou non un droit

1. V. Grünhüt, *op. cit.*, pp. 257 ets.

privatif sur la provision se trouvant entre les mains du tiré (1).

D'une façon générale, ces auteurs décident que la provision doit revenir au tiré dans le cas où celui-ci accepte la lettre de change. Ainsi, si le tireur d'une traite acceptée vient à tomber en faillite avant l'échéance, les fonds constituant la provision appartiendront exclusivement au tiré, et le syndic ne pourra nullement l'obliger à s'en dessaisir au bénéfice de la masse (2).

Cependant, lorsque la lettre de change ne porte pas l'acceptation du tiré, les auteurs ne sont plus d'accord quant à la personne à laquelle doit être attribuée la provision, en cas de faillite du tireur. La majorité de la doctrine et la jurisprudence refusent, dans une pareille hypothèse, au porteur de la lettre de change un droit exclusif sur la provision ; le tiré est tenu de restituer à la masse du failli les fonds que celui-ci lui avait remis pour assurer le payement de la traite (3).

Les auteurs qui adoptent cette manière de voir, déclarent que la lettre de change ne constitue pas une cession de créance ; elle renferme plutôt une assignation (4) (art. 784, C. civ. all.) qui peut être révoquée par l'assignant tant que l'assigné n'a pas effectué de prestation ou n'a pas accepté l'assignation (art. 790 C. civ. all.). Le syndic qui est saisi du patrimoine du tireur, peut donc révoquer l'assignation et obliger le tiré à lui remettre la provision (5).

1. V. Kohler, *Lehrbuch des Konkursrechts*, p. 694. — Jaeger, *Kommentar zur Konkursordnung*, § 8, notes 3 et s. — Ladenbürg, *Zeitsch für vergleichende Rechtswissenschaft*, t. VII, 437. — V. Canstein, *Archiv. für das bürgerliche Recht*, t. IV, 295.

2. V. Canstein, *Wechselrecht*, § 29, note 9. — V. aussi, Tribunal d'Empire, 23 mars 1897, *Entsch.*, t. XXXIX, 371.

3. V. Düringer, *Hachenbürg*, H. G. B., t. II, 432 et s. — Thøel, *op. cit.*, p. 250 et 721. — Lehmann, *Lehrbuch des Wechselrechts*, § 114. — Grünhut, *op. cit.*, t. II, 126, 149. — Renaud, *Archiv. für das Wechselrecht von Siebenhaar*, t. VIII, p. 289. — Rehbein, *Wechselerdnung*, p. 38. — V. aussi *Entsch. des R. O. H. G.*, t. XVI, 147 ; XVIII, 190 ; XIX, 170 ; XXIII, 216. — *Entsch. des R. G. in Civilsachen*, t. XXVIII, 60 ; t. XXXIX, 371.

4. L'assignation est une institution analogue à la délégation du droit français. V. titre XXI du C. civ. all., traduit et annoté.

5. Staub-Stranz, *Wechselerdnung*, 5^e éd., § 8, n. 8.

Toutefois, parmi les représentants de cette théorie, on rencontre certains auteurs qui essayent d'apporter quelque tempérament à la rigueur de leur principe ; en effet, ceux-ci considèrent le tiré, qui a reçu provision et payé le porteur à l'échéance, comme étant libéré vis-à-vis de la masse du tireur failli, quand bien même il aurait connaissance de la faillite au moment du paiement. Le tiré, déclarent ces auteurs, est présumé avoir acquitté la traite de bonne foi, car il agit avec la conviction que la masse s'enrichirait aux dépens du porteur, si jamais l'effet restait en souffrance ; cette présomption sera écartée lorsque le tiré reçoit une notification du syndic lui enjoignant de verser à la masse le montant de la provision (1).

La doctrine allemande compte également quelques auteurs qui enseignent que la provision doit être attribuée au porteur de la lettre de change, en cas d'une faillite du tireur survenant avant l'échéance de la traite. Pour justifier leur manière de voir, ces auteurs ne font pas appel à la cession de créance, comme le fait la jurisprudence française ; ils fondent leur système plutôt sur des bases différentes, qui, suivant les cas, présentent plus ou moins de solidité.

Parmi ces auteurs, M. Ladenbürg, envisageant l'hypothèse où un vendeur aurait tiré une lettre de change sur son acquéreur, pour recouvrer le prix de vente, refuse au syndic du tireur failli le droit de réclamer du tiré la provision, et décide que celle-ci doit être attribuée au porteur de la traite jusqu'à concurrence du montant de sa créance. Il essaye de justifier sa manière de voir par le raisonnement suivant :

Le syndic de la faillite qui sollicite le tiré, c'est-à-dire l'acquéreur, de verser à la masse le montant de la provision, c'est-à-dire du prix de vente, exige, pour ainsi dire, un double paiement du prix de vente, si déjà le preneur a versé au tireur le montant de la valeur fournie. Le tiré pourra donc opposer à l'action en paiement du prix intentée par le syndic

1. V. Von Canstein, *Wechselrecht*, § 29, note 9. — Staubs Kommentar, art. 8, n. 8. — *Contrà*, Heise à. Cropp, *Juristische Abhg.*, p. 398. — Jaeger, *op. cit.*, § 8, n° 4.

du tireur failli l'exception *qui jam habet quod petit*, et retenir la provision ; cependant, comme il n'a aucun titre pour garder cette provision, il sera tenu de la remettre entre les mains du porteur de la lettre de change (1).

Ce raisonnement qui séduit, à première vue, s'effrite lorsqu'on serre la question de près. Il nous semble que l'auteur fait une confusion quand il soutient que le tiré pourra opposer au syndic l'exception *qui jam habet quod petit*. En effet, l'obligation du tiré, c'est-à-dire de l'acquéreur, envers le tireur est différente de celle du preneur envers le tireur ; ces deux obligations ont des causes distinctes ; l'obligation du tiré a sa cause dans l'aliénation des marchandises consentie par le tireur, tandis que l'obligation du preneur de la lettre de change a sa cause dans l'émission de l'effet, c'est-à-dire dans l'obligation cambiaire contractée par le tireur. Les obligations du tiré et du preneur envers le tireur étant différentes l'une de l'autre, on ne peut donc concevoir que le paiement fait par le preneur, et qui a pour effet d'éteindre sa propre obligation, puisse annihiler ou même paralyser la créance du tireur contre le tiré ; si le preneur a payé la valeur fournie, le tiré restera toujours débiteur du prix de vente, et dans ces conditions il ne pourra pas, à notre avis, opposer à l'action en paiement intentée par le syndic l'exception *qui jam habet quod petit*.

Comme ce raisonnement ne s'applique qu'au cas où la provision consiste en un prix de vente, M. Ladenbürg a essayé, par un autre système, de généraliser la règle de l'attribution de la provision au porteur de la lettre de change à des hypothèses où le tireur n'est pas créancier du tiré en vertu d'un contrat de vente.

D'après l'auteur, le souscripteur d'une lettre de change s'engage envers le preneur à assurer le paiement de la traite par le tiré à l'échéance. Etant lié par cette promesse, il ne doit donc rien faire qui puisse empêcher le tiré d'effectuer le paiement à la date fixée ; il ne pourra, par conséquent, ni défendre au tiré d'acquitter la traite, ni lui retirer la provi-

1. V. Ladenbürg, *op. cit.*, p. 439.

sion. Cette obligation de garantie liera aussi bien le tireur que le syndic de sa faillite. Aussi le porteur de la lettre de change pourra attaquer le tireur ou son syndic si, par leur faits, la lettre de change reste en souffrance, et cela en vertu de cette obligation de garantie (1).

D'autre part, il peut arriver que le syndic retire la provision se trouvant chez le tiré avant même que le porteur ait eu connaissance de la cessation des paiements du tireur ; dans ce cas, le porteur pourra, certes, présenter l'effet au tiré, dresser le protêt faute de paiement, et exercer ensuite un recours contre son endosseur. Une fois la traite arrivée entre les mains du preneur, alors se pose la question de savoir si celui-ci doit, comme tout autre créancier du tireur, se contenter d'une simple dividende, ou bien, s'il ne doit pas exiger de la masse la restitution de la provision.

M. Ladenbùrg répond en faisant une distinction.

Si le tireur failli a déjà reçu l'équivalent de la lettre de change (valeur fournie) en reprenant la provision du tiré, le syndic enrichit la masse d'une façon injuste, et cela au détriment du preneur ; dans ce cas, la masse sera tenue de restituer la provision.

Si, au contraire, le preneur est encore à ce moment débiteur de la valeur fournie, il pourra faire compenser cette dette avec son droit de recours et sera, par conséquent, dispensé de verser à la masse le montant de la valeur fournie (2).

Ainsi, le porteur de la lettre de change, conclut l'auteur, n'a pas besoin d'être investi d'un droit de préférence sur la provision à l'égard des autres créanciers du tireur failli, pour

1. Il ne nous semble pas qu'on puisse avec ce raisonnement assurer l'intégralité des droits du preneur de la lettre de change. En effet, supposons que le tireur ait retiré la provision avant sa faillite. Le preneur pourra alors poursuivre ou l'exécution du contrat ou en demander la résolution contre le syndic ; comme d'autre part, il a déjà exécuté sa prestation, en remettant au tireur la valeur fournie, il n'obtiendra soit l'exécution du contrat, soit la restitution de la valeur fournie, dans le cas où le contrat est résolu, qu'au marc le franc (V. Percerou, *Faillites*, t. 2, n° 877 et la note 3).

2. V. *Entsch. des O. H. G.*, 21 juin 1878, t. XXIV, 10; *Archiv. für Theorie u. Praxis Büsch*, t. XLI, 109.

cette simple raison que ces créanciers ne peuvent faire valoir aucun droit sur cette provision, dans le cas où le tireur a déjà reçu la valeur fournie ou si, ne l'ayant pas reçue, il est encore créancier de cette valeur fournie. Dès lors, déclare l'auteur qui parlait au sujet de la Conférence d'Anvers, les Français et les Belges ne doivent avoir aucune appréhension dans le cas où la loi type refuse au porteur un privilège sur la provision.

Il convient de remarquer, tout d'abord, que M. Ladenbürg qui est obligé, à raison de la conception allemande sur le change, de supposer que la traite arrive entre les mains du preneur après une cascade de recours entre les porteurs successifs, n'a pas pu assurer au dernier porteur un droit sur la provision. D'autre part, l'auteur allemand continue de voir entre les créances du tireur contre les tiré et preneur un lien tellement étroit qu'il finit par les confondre et nous les présenter comme constituant une seule créance. Cependant, ces deux créances sont essentiellement différentes, étant donné que leur naissance est due à des causes distinctes.

Comme M. Ladenbürg n'admet pas que le contrat intervenu entre le preneur et le tireur porte sur la provision, et c'est d'ailleurs là que réside la différence caractéristique entre le système français et le système allemand, on ne voit pas comment le retrait de la provision opéré par le syndic de la faillite du tireur puisse enrichir celle-ci d'une façon injuste, étant donné que le syndic ne fait que recouvrer la somme que le tiré devait au tireur (1). Si, en obligeant le preneur à venir en concours avec les autres créanciers de la masse, on

1. V. Wilhelm, *Monatschrift für Handelsrecht und Bankwesen*, t. VI, 178. Cependant, nous ne sommes pas d'accord avec l'auteur lorsqu'il déclare : « dieser gegenwert (valeur fournie) ist andererseits gar nicht in die Masse, sondern schon vor K. Er. in das Vermögen des Ausstellers geflossen ».

D'après ce passage, l'auteur qui raisonne sur l'hypothèse où la provision a été retirée par le syndic, semble faire une distinction entre le patrimoine du tireur avant sa faillite et celui dont le syndic se trouve saisi après la faillite. Partant de ce point de vue, M. Wilhelm pense que le paiement de la valeur fournie par le preneur n'a pas pu éteindre la dette du tiré envers le tireur, étant donné que cette valeur fournie était tombée dans le patrimoine du tireur avant la cessation des paiements. Il nous semble qu'il y a là une grosse erreur.

devrait considérer celle-ci comme s'enrichissant au détriment de celui-là, on serait alors obligé de faire le même raisonnement pour toutes les réductions que subissent les créanciers soumis à la loi du dividende.

Le preneur qui ne peut faire valoir aucun droit sur la provision, se trouve dans la même situation que les autres créanciers de la masse et doit, en conséquence, produire à la faillite pour le montant de sa créance.

Si le preneur n'a pas payé la valeur fournie, il est de toute évidence qu'il pourra opposer au syndic qui l'actionne en paiement, l'exception *non adimpleti contractus* et s'abstenir, par conséquent, de verser à la masse le montant de la valeur fournie (1).

Dans ces conditions, il est aisé de remarquer que le système proposé par M. Ladenbùrg ne se justifie pas lorsque l'on fait jouer les principes généraux de droit, et que les délégués français et belges avaient toutes les raisons d'insister auprès de la conférence d'Anvers, afin de faire adopter une solution conforme aux *desiderata* des commerçants de leur pays, où l'attribution de la provision au porteur de la lettre de change est considérée comme une condition essentielle pour assurer la circulation de cet effet de commerce.

La solution indiquée par M. Ladenbùrg n'a pas satisfait d'ailleurs les partisans du système accordant au porteur un droit exclusif sur la provision. Aussi, d'autres auteurs allemands ont proposé différentes théories.

Parmi ces auteurs, V. Canstein enseigne que la lettre de change n'est autre chose qu'une assignation (V. art. 784 et s. du C. civ. all.) renforcée par une promesse abstraite émanant du tireur, c'est-à-dire de l'assignant (2). Au moyen de cette assignation, le preneur acquiert un droit réel (*dingliches Recht*) sur la provision se trouvant chez le tiré. Comme l'endossement ne constitue pas seulement un transfert de la propriété de la lettre de change, mais aussi une nouvelle

1. V. Percerou, *op. cit.*, t. 2, n^{os} 876 et s.

2. V. Canstein, *Archiv für bürgerliches Recht*, t. IV, 306 et s.; Thöl, *Handelsrecht*, § 331.

assignation faite par le preneur au profit du nouveau porteur, il s'ensuit que le droit acquis par le premier sur la provision se transmet *de plano* au deuxième par l'endossement de la traite (1).

D'après l'auteur Kohler, le porteur de la lettre de change aurait une *vindicatis utilis* lui permettant de revendiquer la provision même dans le cas où elle se trouverait entre les mains du syndic du tireur failli ; seulement, le syndic pourrait opposer à cette action *l'exceptio doli* dans l'hypothèse où le preneur n'aurait pas encore réglé la valeur fournie (2).

Enfin, M. Wilhelm pense qu'il est possible de justifier l'attribution de la provision au porteur de la lettre de change en admettant l'idée d'une cession tacite de la provision consentie par le tireur au profit du preneur ; cette cession accompagnerait l'émission ou l'endossement de la lettre de change (3). Cela est si vrai, déclare l'auteur, que le vendeur qui, pour recouvrer le prix de vente, tire une lettre de change sur son acquéreur et la remet au preneur moyennant la valeur fournie, indique dans ses livres que sa créance contre l'acheteur est réglée et passe, par conséquent, au crédit de celui-ci le montant de la valeur fournie. Le tireur, ajoute M. Wilhelm, voit dans le paiement de la valeur fournie effectué par le preneur, non seulement l'exécution de la contre-prestation, mais aussi l'équivalent de la cession accompagnant cette émission.

Cette opinion a été admise par quelques décisions isolées (4) ; mais elle n'a pas fait jurisprudence pour la simple raison que les tribunaux exigeaient, en matière de cession de créance, l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 1650 du Code civil français (5). Cependant, cette objection est tombée,

1. V. Canstein, *op. cit.*, p. 308.

2. Kohler, *Lehrbuch des Konkursrechts*, p. 694.

3. Wilhelm, *op. cit.*, t. VI, p. 181.

4. Trib. de Metz du 5 juill. 1872, dans la *Juristi zeitsch. f. Elsass. Lothringen*, t. III, 172. — R. G., 22 avril 1892 dans *Monatsch. für H. R. und Bankwesen*, t. VI, 181, 1^{re} col.

5. O. L. G. Colmar du 27 juin 1890. *Jur. Zeit. f. E. L.*, t. XVI 57. — *Entsch.*, t. X, 200 ; t. XI, 340. — R. O. H. G., t. III, 157.

puisque le Code civil allemand considère la cession comme étant opposable aux tiers, même à défaut d'une notification faite au tiré.

§ 2. — *Le porteur d'une lettre de change non acceptée a-t-il un droit direct contre le tiré ayant provision ?*

Etant donné le caractère abstrait de la traite germanique, on pourrait croire que la doctrine allemande se soit peu préoccupée des rapports juridiques existant entre les parties impliquées dans l'émission ou la circulation de la lettre de change, rapports qui se trouvent voilés par le titre. Cependant tel n'est pas le cas. En effet, le fait que la majorité de la doctrine et la jurisprudence allemandes refusent au porteur de la lettre de change un droit exclusif sur la provision, n'a pas empêché certains auteurs d'examiner la question de savoir si ce porteur acquiert ou non un droit direct contre le tiré non acceptant, lequel a reçu une provision.

La Wechselordnung ne renferme aucune disposition conférant au porteur de la traite non acceptée un pareil droit. Toutefois, l'article 83 de cette loi accorde au porteur d'une lettre de change frappée de nullité ou de prescription l'action d'enrichissement sans cause contre le tiré; mais aussi faut-il pour cela que celui-ci ait accepté la lettre de change (1).

1. Ladenbürg, *op. cit.*, p. 442. — Canstein, *Lehrbuch des Wechselrechts*, § 4, n° 7.

Les auteurs ont longuement discuté sur la nature de l'action de l'article 83 de la W. O. D'après une première opinion, cette action serait une action purement civile (Pappenheim, *Zeitsch. für H. R.*, t. LIV, 661). Un autre système enseigne que cette action est une action cambiaire qui ne peut être exercée qu'en fonction de l'article 83, lequel énonce d'une façon limitative les créanciers et les débiteurs qui peuvent être en cause (Thöl., *op. cit.*, § 102; Grünhut, *op. cit.*, § 95; Canstein, *op. cit.*, p. 427; Bernstein, *Studien zur W. O.*, p. 338; v. aussi *R. O. H. G.*, t. VI, 384; t. X, 44). Ce qu'il y a de certain, c'est que cette action constitue une brèche à l'obligation abstraite et qu'elle constitue une disposition toute exceptionnelle, dictée par des considérations d'équité pour atténuer dans certains cas, en faveur du porteur, les conséquences rigoureuses du caractère formaliste du change.

D'après une opinion, il y aurait lieu d'accorder au porteur d'une lettre de change non acceptée, contre le tiré, cette action d'enrichissement (*Bereicherungs-Klage*) dans le cas où celui-ci n'appliquerait pas la provision se trouvant entre ses mains au paiement de la traite.

Les représentants de cette théorie enseignent qu'une stipulation intervient au profit du porteur de la traite, entre le tireur qui fait la provision, et le tiré, qui la reçoit. Le porteur acquiert par cette stipulation un droit contre le tiré en vertu duquel il pourra obliger celui-ci à lui remettre la provision fournie par le tireur. Les Romains, déclarent ces auteurs, considéraient la stipulation pour autrui comme étant valable, à la condition toutefois que le stipulant eût un intérêt personnel dans l'exécution de l'obligation du promettant. Cette condition, ajoutent les adeptes de ce système, se trouve remplie en matière de lettre de change ; le tireur, qui est le stipulant, est intéressé au paiement de la traite, c'est-à-dire à l'exécution de la promesse du tiré.

Les adversaires de cette doctrine déclarent qu'il n'y a pas lieu de généraliser l'application de la stipulation pour autrui que la loi admet exceptionnellement dans certains cas seulement. A supposer même qu'on reconnaisse au tireur la faculté de stipuler du tiré un droit au profit du porteur, il faut, pour que celui-ci puisse agir contre le tiré, établir que ce dernier a promis au tireur de se considérer obligé civilement envers le porteur, par le seul fait de la réception d'une provision. Si, toutefois, disent ces auteurs, une convention intervient entre le tireur et le tiré, elle ne peut porter que sur l'acceptation ou le paiement de la lettre de change ; elle n'a nullement pour objet de donner naissance à une obligation civile liant le tiré envers le porteur. Admettre l'existence d'un pareil engagement, ce serait, d'après ces auteurs, reconnaître à la charge du tiré l'existence successive de deux obligations, l'une civile et l'autre cambiaire, la première faisant place à la deuxième au moment de l'acceptation de la lettre de change par le tiré.

Les auteurs, dont l'opinion est peu favorable au porteur de la lettre de change, ne manquent pas de s'attaquer au

système français, lequel accorde au porteur d'une traite non acceptée une action contre le tiré ayant provision.

Parmi ces auteurs, V. Canstein croit, à tort, que le système français considère le tiré non acceptant, qui a reçu provision, comme étant engagé cambiairement envers le porteur. « Il est incompréhensible, déclare l'auteur allemand, qu'on puisse parler d'une obligation de change pesant sur le tiré, alors que celui-ci n'a nullement manifesté la volonté de s'engager dans les liens d'une pareille obligation. La volonté du tireur, qui ne crée la traite que pour ses propres besoins, ne peut pas imposer au tiré, contre son gré, une obligation cambiaire dont la nature rigoureuse (*rigor cambialis*) ne fait aucun doute. A quoi donc servirait l'acceptation, si, sans elle, le tiré devenait débiteur cambiaire (1). »

Si la critique formulée par V. Canstein était justifiée, le système français s'attirerait des reproches encore plus vifs que ceux que l'on est en droit d'adresser à une décision du Civilsenat, laquelle déclare débiteur cambiaire le signataire d'une traite qui avait cru apposer sa signature sur un titre autre qu'une lettre de change (2). Or, tel n'est pas le cas.

D'après le système français, le tiré non acceptant n'est pas engagé dans les liens d'une obligation de change par le seul fait qu'il a une provision. En effet, la provision n'est que la dette primitive que le tiré a envers le tireur et dont la naissance a eu lieu en dehors de tout rapport de change ; cette dette ne soumet pas le débiteur, c'est-à-dire, le tiré, à la rigueur cambiaire, sans son acceptation. Celui-ci ne peut voir sa dette primitive se transformer en une dette cambiaire, c'est à-dire en une dette plus rigoureuse et, partant, plus onéreuse, sans aucune manifestation de sa part. Pour qu'il soit engagé dans les liens d'une obligation de change, il faut qu'il en exprime l'intention en revêtant la traite de son acceptation (3).

1. *Op. cit.*, p. 44 et s. Il est surprenant que la même erreur soit commise par d'autres auteurs. V. J. Dove Wilson, dans *The Law Quarterly Review* (1886), II, 306. Cf. Trib. Comm. Bruxelles, 19 janvier 1920, *Pasicr.*, 1921, III, 70.

2. *Entsch. des 3. Civil sénats* du 12 juin 1885, t. XIV, n° 7, p. 22.

3. V. *D. J. G. V. Effets de commerce*, n° 129. — Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*,

Cette opinion est exprimée nettement par un arrêt de la Chambre des Requêtes du 18 mai 1909 (D. P. 1912.1.15). Cet arrêt porte dans ses considérants :

« Attendu que, lorsqu'une lettre de change n'est pas
« acceptée le tiré non accepteur ne peut être assigné par le
« porteur devant le Tribunal compétent, au regard du tireur,
« même concurremment avec celui ci ; qu'il n'est point partie
« au contrat de change, ni codébiteur solidaire de l'efft ; que
« l'existence de la provision peut autoriser le porteur à agir
« contre lui, comme cessionnaire des droits du tireur, »

Ainsi, d'après le système français, le tiré n'est lié envers le porteur par une obligation de change que s'il accepte la traite tirée sur lui ; en dehors de l'acceptation, le porteur ne peut exercer contre le tiré que les droits qu'il a acquis du tireur en vertu de la cession que renferme la lettre de change. Or, ces droits ne sont pas ceux d'une créance cambiaire. Le porteur étant un simple cessionnaire du tireur, il s'ensuit qu'il ne se trouve investi contre le tiré d'aucune action de change ; par contre, celui-ci pourra lui opposer toutes les exceptions qu'il avait contre le tireur, c'est-à-dire le cédant.

t. IV, n° 160, note 1. — Aubin, *Ann. de dr. commerc.* (1890), p. 310 et s. Cf. cass. civ. 10 avril 1878. D. 78.1.289. — Grenoble, 18 avril 1893. D. 93.2.387. — Civ Cass., 17 janvier 1898. D. 98.1.79.

TITRE III

De la Propriété de la Provision en Droit Anglo-Américain

Nous avons vu dans les deux titres précédents, combien la doctrine allemande sur le change était différente du système français. Tandis qu'en France, on voit à la base de la lettre de change un contrat, la théorie allemande, au contraire, se refuse à reconnaître l'existence d'un pareil contrat; pour celle-ci, la lettre de change est un acte abstrait n'ayant aucune contingence avec les rapports juridiques existant entre les parties, quand bien même ces rapports eussent été la cause déterminante de l'émission de la traite.

Entre ces deux systèmes tout à fait opposés prend place le système anglo-américain (1). Ce système, qui représente le

1. « La loi anglaise qui ressemblait naguère à la loi française actuelle, écrivait « Barclay en 1888 (*Assimilation des lois concernant la lettre de change*) est « maintenant dans un état de transition. L'exigence d'une distance *loci a dis-* « paru; la clause de la valeur fournie n'est plus exigée; la cause de l'obligation « est présumée. »

La loi du 8 février 1922 a supprimé les deux derniers points différents. Malgré les assertions de V. Canstein (*Archiv. für bürgerliches Recht*, t. VI p. 227 et s. le système anglais diffère essentiellement du système allemand, étant donné qu'il n'a pas admis l'idée de la dette abstraite. A la base de la lettre de change anglo-américaine il y a un contrat; l'existence de ce contrat est d'autant plus évidente que le législateur a été obligé d'insérer dans le *Bill of Exchange Act*. et la *Negotiable Instruments Law* une disposition relative à la *consideration*; il est vrai, toutefois, que l'existence de la *consideration* n'est pas mentionnée d'une façon expresse dans le corps de la lettre de change; mais cette *consideration* est présumée exister. La présomption étant une présomption *juris tantum*, il y a donc possibilité d'établir le défaut de *consideration*, ce qui peut entraîner la

troisième groupe des lois sur le change, est à cheval sur le système français et sur le système allemand ; il a des points de contact avec le premier, quant à la nature juridique de la lettre de change, et se rapproche par contre du système allemand sur divers points.

Cette particularité du système anglo-américain ne peut s'expliquer que par l'Histoire. Ainsi, si l'on se reporte à l'ouvrage de Marius (1670) (1) ou à celui de Beawes (1720) (2), on remarque que les coutumes anglaise et française sur le change étaient presque identiques à cette époque (3). D'autre part, le Lord Chief justice Coekburn (dans *Goodwin v. Robarts*, 1875 L. R. 10 Ex. 346) déclare que le droit anglais sur le change fut, jusqu'à une époque relativement récente, identique au droit français de l'ordonnance de 1673 et que Pothier fut une des plus hautes autorités invoquées, en matière de change, dans le royaume Uni (4). Cependant, tandis qu'en France, les règles sur le change furent codifiées successivement par l'Ordonnance de 1673 et par le Code de Commerce, la coutume anglaise, au contraire, se développait sous l'influence de la banque et subissait les modifications imposées par la pratique (5). Ainsi, ce n'est qu'à partir de 1673 que le droit anglais entra dans une voie différente de celle du droit français, en conservant toutefois certains points de contact avec ce dernier.

Le Droit de change anglais fut codifié, à son tour, par le *Bill of Exchange Act* de 1832. Cette loi qui est la première tentative de codification, présente une grande importance parce qu'elle a transformé en droit écrit un grand nombre de coutumes et de décisions judiciaires.

Comme œuvre de codification, le *Bill of Exchange Act* résume 15 *Acts*, dont le premier remonte à Guillaume III, et

nullité de la lettre de change (Chalmers, *op. cit.*, p. 112. — Byles, *On Bills*, 3^e édit., p. 2, 72, 73).

1. V. *Treatise on Bills of Exchange*.

2. *Lex Mercatoria*.

3. V. Barclay, *The Law quarterly Review* (1886), p. 66.

4. V. Byles, *A Treatise on the Law of Bills of Exchange*, 1883, p. xi.

5. V. Chalmers, *op. cit.*, p. LVI et s.

s'appuie, en outre, sur une jurisprudence consacrée par plus de deux mille décisions.

La loi anglaise sur le change s'applique non seulement en Angleterre et en Irlande, mais aussi en Ecosse dont la législation a des bases et des origines qui remontent au droit romain (1).

Les Etats-Unis, qui appliquaient le droit commun anglais, ne tardèrent pas à codifier. à leur tour, les règles sur le droit du change. Sur l'initiative de l'American Bar Association, les délégués de 38 Etats et du district de la Colombie nommèrent, en 1895, une commission chargée de la rédaction d'un projet de loi sur le change basé sur *le Statut* anglais. Le projet fut préparé par John J. Crawford et adopté à la fin de 1897 par une Conférence réunie à Saratoga. La *Negotiable Instruments Law* a été introduite sans modifications, à peu près, dans 32 Etats.

Le *Bill of Exchange Act* et la *Negotiable Instruments Law* ne renferment pas de dispositions générales réglementant la provision. On rencontre, toutefois, des dispositions fragmentaires à ce sujet.

Les auteurs anglais et américains ont aussi discuté sur la nature du contrat qui se trouve à la base de la lettre de change (2).

Cependant, à la différence des auteurs allemands, les auteurs anglo-américains ont évité les constructions métaphysiques et banni tout formalisme susceptible d'entraver le commerce.

Le *Bill of Exchange Act* et la *Negotiable Instruments Law* ont atténué la vivacité de ces controverses, en édictant certaines dispositions relativement aux obligations contractées par les parties dont la signature figure sur la traite. En effet, d'après l'article 111 de la N. I. L. et de l'article 55 du B. O. Ex. A., en créant la lettre de change, le tireur s'engage à faire

1. V. Thomas Barclay, *Des Effets de Commerce en Droit anglais*, Paris, 1884, Introduction, p. 11.

2. V. Williston, *On Contracts*, New-York, 1920, t. I, § 425. — Chalmers, *op. cit.*, p. 179.

en sorte que la traite soit acceptée et payée conformément à sa teneur, et à l'acquitter personnellement entre les mains du porteur, dans le cas où le tiré ne ferait pas honneur à sa signature (1).

L'engagement contracté par le tireur est le résultat, non pas d'une promesse abstraite, mais bien d'un contrat synallagmatique intervenant entre lui et le preneur. Celui-ci, à son tour, est tenu envers le tireur d'une obligation qui constitue la cause de l'engagement de ce dernier. Cette cause s'appelle la *Consideration* (2).

Le droit anglais exige l'existence de cette *consideration* dans tous les contrats; cependant, au point de vue de la *consideration*, il y a une différence entre le contrat simple et la lettre de change. En effet, tandis que dans les contrats ordinaires la *consideration* doit apparaître dans le contrat, au contraire, elle est présumée exister dans la lettre de change; la présomption étant une présomption *juris tantum*, le tireur qui est actionné par le preneur en paiement du montant de la traite, pourra faire rejeter cette demande, en établissant le défaut de *consideration* (3).

Comme le tireur promet le fait du tiré, il est tout naturel qu'il fasse le nécessaire, afin d'assurer l'exécution de ce fait

1. V. Chalmers, *op. cit.*, p. 185. — Crawford, *Annotated Negotiable Instruments Law*, p. 61. — Bigelow, *On Bills, notes and cheques*, Boston, 1900, p. 70. — V. aussi Siggers v. Lewis (1834), 1 C. — M. et R. p. 371; Allen v. Kemble (1848), 6 Moore, P. C. p. 321.

2. La Cour de l'Echiquier, en 1875, a donné de la *consideration*, « strictly so called » une définition en quelque sorte classique et que l'on trouve rapportée dans la plupart des traités : « Une *valuable consideration*, dans le sens de la loi, « peut consister ou bien dans quelque droit, intérêt, profit ou bénéfice acquis « par l'une des deux parties, ou bien dans quelque interdiction, moins value, « perte ou responsabilité imposée, soufferte ou supportée par l'autre partie » (Currie c. Misa, 1875 L. R. 10 Ex. p. 162).

Dans le cas de vente d'une maison, la *consideration* de l'aliénation est la réception ou la promesse du prix de vente. Si quelqu'un constitue une pension à sa femme ou à ses enfants, c'est en considération de l'amour ou de l'affection qu'il a pour eux; s'il promet de payer une dette antérieure à sa faillite, la *consideration* de la promesse est l'obligation morale qui survit à la libération légale envers ses créanciers (V. Salmond, *Jurisprudence*, Londres, 1902, p. 386).

3. Riverside v. Woodhaven Junc L. Co, 34 app. Div. (N. J.) 362. — De land v. Bartlett, 6 Cushing, 364. — Lines v. Smith, 4 Fla. 47.

qui consiste dans l'acceptation et le payement de la lettre de change. Le tiré certes ne voudra pas accepter ou acquitter la traite si, n'ayant pas confiance envers le tireur, il ne reçoit de celui-ci les fonds nécessaires pour payer le porteur du titre. Le tireur devra donc faire provision pour empêcher que l'effet ne reste en souffrance.

Si le tireur a reçu provision, le porteur de la lettre de change ne peut, d'une façon générale, faire valoir aucun droit propre sur les fonds constituant cette provision. En effet, l'article 53 (B. O. Ex. Act) porte : « une lettre de change par elle-même ne vaut pas cession entre les mains du tiré des fonds propres (*available for*) à être appliqués au payement de cette lettre (1) ». (V. aussi Art. 127 N. I. L.)

Ces dispositions n'ont pas empêché les auteurs de rechercher si la lettre de change ne renferme pas une cession des fonds devant servir à acquitter l'effet.

D'après le savant auteur américain M. Williston, l'ordre de payer une certaine somme adressé à quelqu'un ne constitue une cession de créance que s'il ressort d'une façon expresse ou implicite des termes de cet ordre que les fonds, avec lesquels le payement devra être effectué, appartiennent au donneur de l'ordre (2). L'idée d'une cession de créance, déclare l'auteur, doit, au contraire, être écartée lorsque l'ordre est donné sans aucune considération de l'existence d'une créance du tireur contre le tiré. La lettre de change, ajoute M. Williston, n'a pas un contrat de cession à sa base, étant donné qu'elle est un instrument de crédit, et qu'il est de son essence même de ne pas être tirée payable avec des fonds déterminés (3).

1. *Hopkinson v. Forster* (1874), L. R. 19 Eq. 74. — *Shand v. Du Buisson* (1874), L. R. 18 Eq. 283. — Cf. *Vanghan v. Halliday* (1874), L. R. 9 ch. 561. — V. cependant, *Griffin v. Weatherly* (1868) L. R. Q. B. 753. — Ce dernier arrêt a reconnu au porteur d'une lettre de change non acceptée une action *for money received to his use* contre le tiré qui avait reçu provision,

2. V. *op. cit.*, t. I, § 425. — *Selover, on Negotiable Instruments*, p. 114.

3. *Op. cit.*, t. I^{er}, § 425. — *Adde* : *Radick v. Grandell*, 12 Beav. 325. — *Percival v. Dunn*, 29 Ch. D. 128. — *Laclade Bank v. Scheiler*, 120 U. S. 511, 7 S. Ct. 644, 30 L. Ed. 704. — *Bosworth v. Jacksonville Nat. Bank*, 64 Fed. 615, 24 U. S. App. 413, 12 C. C. A. 331. — *First Nat. Bank v. Texas Moline Plaw Co* (Tex. Civ. app.) 168 S. W. 420.

Néanmoins, un grand nombre d'arrêts enseignent, que si le tireur tire une lettre de change sur son débiteur lui enjoignant de payer au porteur une partie ou la totalité de la créance qu'il a contre lui, l'ordre ainsi donné opère transfert des fonds au profit du preneur ou d'un porteur subséquent de l'effet (1).

Les tribunaux anglo-américains ne décident pas *a priori* que l'émission de la lettre de change ou son endossement n'opère pas le transfert au profit du preneur de la créance du tireur contre le tiré ; ils se livrent souvent à un examen des circonstances dans lesquelles la traite a été tirée et des modalités qu'elle comporte, afin de dégager l'intention des parties (2). Ainsi, le fait que le tireur a émis une lettre de change sur le tiré, pour recouvrer le solde figurant au crédit de son compte avec ce dernier, a été considéré par les juges comme dénotant chez le tireur l'intention de transférer sa créance au preneur de la traite (3).

Le juge Story enseigne que la lettre de change qui n'est pas créée payable avec des fonds déterminés, se transforme en une cession lorsqu'elle est acceptée par le tiré. Ainsi, si le tireur émet une lettre de change sans indiquer au tiré les fonds qui doivent être appliqués au paiement du titre, le porteur de la traite n'acquerra un droit exclusif sur la provision que si le tiré donne son acceptation (4). Cette manière

1. *Israel v. Douglas*, 1 H. Bl. 239, 242. — *Yeates v. Groves*, 1 Ves. Yr. 280. — *Burn. v. Carvalho*, 4 Mylne et C. 690. — *Durham v. Robertson* (1898) 1. Q. B. 765. — *Christmas v. Russel*, 14 Wall. 69, 84, 20 L. Ed. 762. — *In re Hanna*, 105 Fed. 587. — *United States v. Ferguson*, 78 Fed. 103, 24 C. C. A. 1; *The Elmbank* 72 Fed. 610. — *Third Nat. Bank v. Atlantic City*, 130 Fed. 751, 65 C. C. A. 177.

2. V. Keener, *A Selection of Cases on the Law of Contracts*, p. 559. — *First Nat. Bank v. Dubuque, R. Co.*, 52 Ia 378, 3 N. W. 395, 35 Am. Rep. 280. — *Bank of Commerce v. Rogy*, 44 Mo. 13, 100 Am. Dec. 247. — *Muth, v. St. Louis Trust Co.*, 77 Mo. App. 493. — *Central Bank v. Davis* (Tex. Civ. App.) 149, S. W. 290. — *Brill v. Tuttle*, 81 N. Y. 454, 457. — *Throop grain Cleaner Co. v. Smith*, 110 N. Y. 83.

3. *Jemuss. v. Wharff*, 87 Mo. 307, 32 Atl. 908. — *Hawes v. Blackwell*, 107 N. C. 196, 12 S. E. 245, 22 Am. St. Rep. 870. — V. aussi *Moore v. Davis*, 57 Mich. 251, 23 N. W. 800. — *Gardner v. The Nat. City Bank*, 39 Ohio St. 600.

4. *Mandesville v. Welch*, 5 Weat. 277, 5 L. Ed. 87.

de voir a été adoptée par un grand nombre de décisions judiciaires (1).

M. Williston ne partage pas l'opinion de Story ; il estime que l'acceptation du tiré opère une novation qui est plus qu'une simple cession ; le porteur de l'effet acquiert contre l'acceptant un droit nouveau et direct, en vertu duquel il pourra actionner le tiré sans se voir opposer les exceptions que celui-ci avait contre le tireur.

Dans l'arrêt *Getschell v. Mancy*, (99 Mc. 442, 443) la Cour d'appel fit une analyse très ingénieuse de la lettre de change acceptée. Dans les rapports entre le tireur et le preneur, la lettre de change constitue un contrat de cession en vertu duquel le preneur acquiert la créance que le tireur avait contre le tiré. Cependant, celui-ci, en acceptant la lettre de change, contracte envers le preneur une obligation personnelle dont la cause « *consideration* » consiste dans la créance cédée par le tireur. Dans ces conditions, l'action en paiement du montant de la lettre de change, que le porteur exercera contre le tiré, aura sa base dans la promesse de l'acceptant, et non pas dans un droit acquis en vertu d'un acte de cession.

Partant de ce principe, la doctrine et la jurisprudence anglo-américaines décident que le tiré acceptant est libéré de sa dette envers le tireur jusqu'à concurrence du montant de la lettre de change (2).

Cependant, si les fonds constituant la provision sont déterminés, le porteur de la traite acquerra un droit exclusif sur ces fonds par le seul fait de l'émission ou de l'endossement

1. *Walker v. Rostron*, 9 M. et W. 411. — *Delaware Country Commissioners v. Diebold Safe et Lockco*, 133 U. S. 473, 486, 33 L. Ed. 674, 10 St. Ct. 399. — *Barlow v. Lande*, 25 Cal. app. 424, 145 Pac. 231. — *Page v. Danforth*, 53 Mc. 174. — *Burrows v. Hover* 106 Mass 324, — *Thompson v. Emery* 127 N. H. 269. — *Hall v. Jones*, 151 N. C. 419, 66 S. E. 350. — *Bentley v. Standard Fire Ins. Co* 40 W. va 729, 23 S. E. 584. De même la Cour de New-Jersey, dans l'arrêt *Lassigan v. Bradly et Currier Co.*, 50 N. Y. Eq. 201, 214, 24 Atl. 505 déclare que « si, toutefois, un pareil ordre une fois donné était accepté par le tiré, on se trouverait en présence d'une novation par changement de créancier, ayant pour effet de lier *at law* le tiré envers le preneur.

2. Williston, *op. cit.*, t. I § 427, p. 801. — *Buttrick Lumber v. Collins*, 202 Mass. 413, 418, 89 N. E. 138.

de l'effet. Ainsi, on pourra dire que les fonds sont déterminés et qu'ils deviennent, par conséquent, la propriété exclusive du porteur, dans l'hypothèse où le tiré aurait reçu du tireur, à titre de provision, un effet de commerce (1). — Toutefois, les tribunaux ne sont pas d'accord sur la question de savoir si le transfert de la créance représentée par l'effet formant la provision s'opère au profit du porteur de la traite avant l'encaissement de l'effet. Quelques décisions enseignent qu'il n'y a pas de cession, lorsque l'effet n'est pas encaissé par le tiré, et que, dans cette hypothèse, la saisie-arrêt opérée entre les mains du débiteur du tireur est opposable au porteur de la traite (2). Certains tribunaux, allant encore plus loin, ont reconnu au tireur le droit de transiger avec ce débiteur (3).

Ainsi, comme on a pu le remarquer, les tribunaux anglo-américains ont une tendance à accorder au porteur de la lettre de change un droit exclusif sur la provision, lorsque les circonstances, dans lesquelles la traite est créée, font supposer chez le tireur la volonté de transférer au porteur la propriété de la provision. Pour conférer au porteur de la lettre de change un droit privatif sur cette provision, les juges n'exigent nullement que l'émission ou l'endossement de l'effet soit

1. Williston, *loc. cit.* — *Contra*, Williams v. Ingersol 89, N. Y. 508, 518. — Rogers v. Hosak's Executors 18 Wend. 319. La Cour de New-York a déclaré que : « quel que soit le droit ailleurs, on doit considérer comme une règle établie dans cet Etat que l'engagement pris par une personne de payer une dette avec des fonds déterminés ne confère au stipulant aucun droit exclusif sur ces fonds. »

2. White v. Colemann, 130 Mass. 316. — In rec Cleary, 9 Wasch. 605, 38 Pac. 79. — Dans l'affaire Muller v. Kling, 209 N. Y. 239, 103 N. E. 138, la Cour de New-York a reconnu au porteur d'une lettre de change, dont le tireur était déclaré en faillite avant l'échéance, un droit exclusif sur la provision consistant en une traite tirée par le même tireur failli sur un de ses débiteurs.

3. Commonwealth v. Cummings, 155 Pa. 30, 25 atl. 996. — Lindsay v. Price, 33 Tex. 280. — v. aussi Claryton v. Fawettis Adms., 2 Leigh, 19. Dans l'espèce visée par ce dernier arrêt, la lettre de change portait l'acceptation du tiré qui avait été chargé par le tireur d'encaisser une certaine somme, laquelle devait servir de provision ; le tireur, cependant, encaissa lui-même cette somme pour son propre compte. Le porteur actionna le tiré acceptant ; il fut débouté de sa demande. L'arrêt déclare que l'acceptation ne pouvait engager le tiré envers le preneur que si celui-là encaissait la somme constituant la provision. Ce qu'il y a de surprenant, c'est que le tribunal ajouta que le tireur « était en droit de révoquer » l'ordre avant que le tiré eût encaissé la somme.

accompagné d'un contrat de cession. Dans ces conditions, on peut soutenir que l'article 53 du *Bill of Exchange Act* et l'article 127 de la N. I. L. ont établi une simple présomption de « non-transfert » que les tribunaux écartent toutes les fois qu'ils considèrent les parties impliquées dans la lettre de change comme ayant entendu opérer le transfert de la provision.

Il convient de retenir, en outre, que la loi anglaise sur le change apporte une exception à la règle formulée par l'art. 53. En effet, l'article 97 du *Bill of Exchange Act* porte : « les « règles sur la faillite relatives aux effets de commerce restent « en vigueur nonobstant toutes les dispositions contenues « dans l'*Act*. » Or, d'après les règles de la faillite, le porteur d'une lettre de change acceptée peut demander, en cas d'insolvabilité du tireur et du tiré, que les valeurs donnant aliment à la provision soient réalisées, afin de les appliquer exclusivement au paiement de l'effet. Ainsi, le porteur de la lettre de change acquiert un droit privatif sur la provision, lorsque le tireur et le tiré sont tous deux en état de faillite (1).

D'autre part, la règle posée par le paragraphe premier de l'article 53 du B. O. E. A. ne s'applique pas en Ecosse ; en effet, d'après le paragraphe 2 du même article, la lettre de change vaut comme cession des fonds à partir du moment où elle est présentée au tiré (2).

Le système admis en Ecosse diffère, cependant, du système français en ce que celui-ci admet le transfert de la propriété de la provision au porteur de la traite par la simple émission ou l'endossement du titre, et n'exige, par conséquent, ni l'acceptation de la lettre de change par le tiré, ni la présentation de l'effet à ce dernier.

1. V. Chalmers, *op. cit.*, p. 333. — Baldwin, *Bankruptcy*, p. 165, 284. — *Ex parte Waring* 19 Ves. 345. — *Ex parte Smart Richardson* 42 L. J. R. 1873, N. S. Chanc. — *Ex parte Dewhurst In re Leggat* 42 L. J. R. N. S. chanc. 87. —

2. Thompson, *On Bills*, 2^e édit., p. 104. — *Thorburn's Bills of Exchange Act*, p. 126. — Bell's *Principles*, 9^e édit. §§ 315 et 339. — *British Linen Co. V. Carruthers* (1883), 10 Sess. Cas. 923. — *British Linen Co. V. Rainey* (1885) 12 Sess. Cas. 825.

TITRE IV

Conflit des lois

La diversité des dispositions législatives réglementant les effets de commerce donne naissance à des conflits des lois qui sont résolus par des règles de droit international privé. Ces conflits présentent un caractère complexe, parce qu'à la divergence des lois sur le change vient s'ajouter la diversité des règles de droit international privé (1) ; ils sont, en outre, très nombreux, en raison de l'emploi de la lettre de change comme instrument de payement entre différents pays.

Entre le jour de sa création et celui de son échéance, la lettre de change traverse souvent les territoires d'un grand nombre d'Etats ; tirée dans un pays, elle est l'objet d'endossements successifs dans plusieurs autres avant qu'au jour de l'échéance elle parvienne enfin entre les mains du tiré se trouvant dans un dernier Etat. Dans ces conditions, il est de toute évidence que les difficultés seront nombreuses si l'émission de la traite, chacun de ses endossements, le recours des signataires les uns contre les autres, à défaut de payement, sont réglés par des lois différentes.

Les législateurs ont cependant tenté d'aplanir ces difficultés en déterminant les lois applicables relativement à la capacité des parties, la forme de la lettre de change, ses

1. La Commission de l'Institut de Droit international pense que les conflits des lois devaient être réglés par une loi uniforme de droit international privé. V. *Annuaire de l'Institut de Droit International*, t. VII (1883) 5, p. 54 ; t. VIII (1885), 6, p. 80.

effets, etc. Malgré ces essais de solution, les difficultés à résoudre sont encore très nombreuses.

Dans certains pays, les règles de droit international privé applicables en matière de change se trouvent dans le corps même des lois sur le change (art. 84-86 de la Wechselordnung ; art. 72 Bill of Exchange Act). En France, ces règles figurent parmi les dispositions du droit commun et ont, par conséquent, une portée générale.

La question relative à la transmission de la propriété de la provision fait partie de l'étude des droits et des obligations résultant de la lettre de change et, notamment, du contrat intervenant entre le tireur et le preneur, contrat qui constitue la base même du titre. Aussi, pour régler le conflit des lois surgissant à propos d'un différend concernant la provision, il faudra appliquer les principes de droit international privé régissant les effets du contrat (1).

En règle générale, les parties sont libres de déterminer, comme bon leur semble, leurs relations juridiques ; elles peuvent, par une clause spéciale insérée dans leur convention, désigner librement la loi qui doit régir les obligations de chacun, et ce n'est qu'en l'absence d'une telle stipulation, qu'on rencontrera rarement dans notre matière, qu'il y aura lieu d'avoir recours aux dispositions générales du droit international privé.

Si dans chacune des opérations que comporte la lettre de change, les parties contractantes, tireur et preneur, preneur et accepteur, endosseur et endossataire ont la même nationalité, on décide qu'il y a lieu alors de présumer que les parties ont, en ce qui touche la validité intrinsèque, l'étendue, les effets et aussi l'exécution de leurs obligations respectives, entendu faire choix de la loi personnelle qui, leur étant commune, leur est également connue (2).

Cependant, certains auteurs enseignent que, dans cette

1. Champcommunal, *Etude de la lettre de change en dr. intern. privé*, p. 24.

2. V. A. Weiss, *Traité théorique et pratique de dr. intern. privé*, t. IV, 458. Champcommunal, *op. cit.*, p. 25. — Chrétien, *De la lettre de change en dr. intern. pr.*, p. 104. — Despagnet, *Précis de dr. intern. pr.*, p. 989. — Surville et Arthuys, *Cours élémentaire de dr. intern. pr.*, p. 516. — Audinot, *Principes de dr. intern. pr.*, p. 661. — V. Aussi Clunet, 1905, p. 115.

matière de pure interprétation, la loi du domicile paraît être appelée à jouer un rôle important, lorsque les parties ont un domicile commun.

M. Pillet déclare que : « même lorsque les personnes dont « ils s'agit ont une patrie commune, il paraît plus naturel de « leur prêter l'intention de soumettre leurs accords à la loi de « leur domicile commun. Cette loi est plus près d'elles, elles « la connaissent mieux, elle convient plus complètement aux « affaires qu'elles traitent ensemble (1) ».

Jusqu'ici, ce système n'a rallié que peu de partisans (2).

La difficulté que soulève le conflit des lois devient sérieuse lorsque les contractants appartiennent à des nationalités différentes.

Trois systèmes ont été enseignés en vue de régler le conflit des lois auquel donne lieu la question des droits du porteur sur la provision.

a. D'après une première opinion, la loi applicable au contrat de change intervenant entre le preneur et le tireur est celle du lieu de son exécution.

Les représentants de cette théorie enseignent que les parties au contrat de change n'ont pu, lors de la conclusion de ce contrat, prendre en considération que la loi du pays dans lequel doit se réaliser le bénéfice de l'opération ; ils se rallient ainsi à la thèse soutenue par Savigny qui est un des plus fervents partisans du système de la *lex solutionis*. D'après cet auteur, il n'y a pas lieu de s'arrêter particulièrement à l'endroit où l'obligation a pris naissance ; ce lieu est en lui-même accidentel, transitoire et, par conséquent, étranger à la substance de l'obligation, à son développement ultérieur et à son efficacité ; les parties contractantes concentrent toute leur attention sur l'exécution du contrat. Comme cette exécution constitue une partie essentielle de l'obligation, les parties doivent être censées avoir admis pour siège de l'obligation le lieu de son exécution (3).

1. *Précis de dr. intern. pr.*, no 232, p. 441.

2. Asser, *Eléments de dr. intern. pr.* (traduction, Rivière, 1884), p. 75.

3. *Traité sur le conflit des lois*, p. 198. — Krohn, *Die Vertrags obligationen in Materieller Beziehung nach deutschem Internationalen Privatrecht*, 1909, p. 92.

Story considère l'application de la théorie de la *lex solutionis* comme le résultat de la justice naturelle (*the result of natural justice*) (1) ; il fonde son opinion sur quelques décisions judiciaires et de plus sur deux textes du droit romain qui sont ainsi conçus : *Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo ut solveret se obligavit et « Contractum autem non utique eo loco intelligitur, quo negotium gestum sit ; sed quo solvenda et pecunia »* (Dig. 44,7.21).

Cependant, ces textes ne prouvent pas que les Romains aient donné comme siège à l'obligation le lieu de son exécution, car on rencontre dans le Digeste d'autres textes qui expriment la thèse contraire. Ainsi, la loi 6 (D. 21.2) porte : *si fundus venierit ex consuetudine ejus regionis in que negotium gestum est pro evictione caveri oportet* ; d'autre part, la loi 8 principium (Dig. 17.1) est ainsi conçue : *Unius-cujusque enim contractus initium spectandum et causam*.

L'auteur italien Fiore, essayant de concilier ces quatre passages du Digeste, déclare que les deux derniers textes se réfèrent au *vinculum juris*, tandis que les deux premiers passages invoqués par Story régissent simplement le mode d'exécution de l'obligation (2).

Les adversaires de cette théorie considèrent le système de la *lex solutionis* comme étant contraire à l'intention vraisemblable des parties ; ils déclarent que la loi du lieu d'exécution ne peut servir qu'à régler les questions relatives à l'exécution du contrat seulement. Il est inadmissible, ajoutent ces auteurs, que les parties aient eu l'intention de soumettre leur convention, en ce qui concerne ses conditions essentielles et ses effets, à une loi que parfois elles ne connaissent même pas et dont il leur est impossible souvent de consulter les dispositions (3).

1. *Commentaries on the Conflict of laws*, Boston, 1883, p. 380. — Beale, dans la *Harvard Law Review*, 1909, t. XXIII, 1 et s. What law governs the validity of a contract

2. Fiore, *Elementi di diritto internazionale privato*, vol. I, 160.

3. V. Champcommunal, *op. cit.*, p. 26. — Massé, *Le Droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, n° 597. — Chrétien, *op. cit.*, p. 108. — Despagnet, *op. cit.*, p. 456.

Le système de la *lex solutionis*, qui a beaucoup de partisans en Allemagne, a été adopté par le Tribunal d'Empire (1).

La majorité de la doctrine et de la jurisprudence américaines enseigne également que les engagements des parties impliquées dans la lettre de change sont régis par la loi du pays où l'effet est payable, c'est-à-dire par la loi du lieu d'exécution du contrat (2).

b) D'après une autre opinion, qui est adoptée par la jurisprudence d'une grande partie de la doctrine française, les effets des actes et des contrats sont déterminés par la loi de pays où ces actes ont été créés et ces contrats passés (3).

Ce système est également celui du droit anglais (4).

Comme d'après la théorie française sur la lettre de change, le contrat d'émission, dans les rapports du tireur avec le preneur, n'est autre chose qu'une cession de droits qui se réalise dans le pays où le titre a été émis, il s'ensuit que la transmission, au porteur, de la propriété de la provision ne

1. Tribunal supérieur de commerce, 10 mai 1884, Clunet, XIII, 609. — Tribunal civil d'Empire, 21 avril 1902. Entsch., t. LI, 218; 28 avril 1900, Entsch., t. XLVI, 193; 16 juin, 1903, Entsch., t. LV, 105; 1^{er} juin 1880, t. I, 437; 3 juillet 1883, *Rheinisch Archiv.*, t. 74, 21; 16 oct. 1888. *R. G.*, t. 79.3.125. — Adde. Klöppel, *Zeitschrift für Internationales privat und Strafrecht*, p. 197. — Neumann, *Internationales privatrecht*, pp. 69, 89.

2. V. Lorenzen, *The conflict of Laws relating to Bills and. Notes*, New-Haven, 1919, p. 105; *Validity and Effects of Contract in The Conflict of Laws*, *Yale Lawe Journal*, novembre 1921, Vol. XXXI, n° 1, pp. 68 et s. — Dicey, *A Digest of the law of England with reference to the Conflict of laws*, 2^e édit, p. 593, 594. — Story, *Commentaries on the Conflict of laws*, § 154. V. aussi Brabston v. Gibson (1850, U. S.) 9 How., 263, 13 L. E. 1.31. — Mason v. Dousay (1864) 35 Ill. 424. Smith v. Blatschford (1850) 2 Ind. 33, 77 Ann. déc. 79. — Rose V. Park-Bank (1863), 20 Ind. 94, 83 Am. déc. 306. — Brager V. Farnham (1902) 130 Mich. 487, 90 N. W. 281.

3. V. Cass., 10 juin 1857 (S. 1859.1.751); 23 févr. 1864. S. 1864.1.385. Douai, 17 juin 1897, S. 1898.2.202. Trib. Comm. Havre, 18 août 1856. Recueil jurisprudence Havre, 1856.1.192. — Adde: R. Weiss, *op. cit.*, t. IV, 459. — Asser et Rivier, *Eléments de dr. intern.* pr n° 33. — Despagnet, *op. cit.*, p. 339. — Champcommunal, *op. cit.*, p. 26.

4. V. Art. 72 Bill. of Ex. Act. — Chalmers, *op. cit.*, p. 265. — Dicey, *On Conflict of Laws*, p. 592. Allen v. Kamble (1848), 6 Moore, P. C. 314. — Horne v. Rouquette (1878), 3 Q. B. D., p. 520, per Brett, L. J. — Trim-bey V. Vignier (1834), 1 Bing, N. C. 151. — Brad Cough v. De Rin (1863), L. R. 3. C. P. 538 per Willes J. — V. aussi Cass. Rome, 7 nov. 1894, S. 1895.4.13. — Cass. Florence, 8 avril 1895. S. 1896.4.7.

peut être admise qu'autant qu'elle est conforme aux prescriptions du pays de l'émission (1).

Cette manière de voir a été adoptée par la Cour de cassation dans un arrêt du 6 février 1900 (S. 1900.1.161). En effet, cet arrêt porte : « la transmission de la provision d'une « lettre de change ne peut être opérée que conformément « aux prescriptions de la loi, sous l'empire de laquelle le « titre a été créé. Attendu que le porteur d'un titre étranger, « en acceptant cette valeur, la prise avec sa nature propre, « et s'est par là, soumis à la législation du pays où l'émission « s'est effectuée... ».

Dans l'espèce sur laquelle avait statué la Cour de cassation, il s'agissait d'une lettre de change créée par une Société anglaise ayant son siège en Angleterre, sur une société française ayant son siège en France, et au profit d'un preneur français. Celui-ci ayant été en même temps le seul porteur, la question à résoudre ne présentait pas de grosses difficultés, étant donné que la lettre de change litigieuse n'avait pas circulé dans d'autres pays que l'Angleterre et la France.

Cependant, la solution devient plus complexe lorsque la traite, avant d'arriver immédiatement dans le pays où elle est payable, est endossée dans d'autres pays. Dans cette dernière hypothèse, deux cas, que nous examinerons successivement, pourront se présenter :

1° La lettre de change qui est émise dans un pays où la transmission de la propriété de la provision n'a pa lieu de plein droit, est créée payable dans un pays où cette transmission est admise.

Si l'effet est endossé dans des pays dont la loi n'admet pas cette transmission, la solution à appliquer ne fait pas de doute ; la provision reste dans le patrimoine du tireur. Si, au contraire, la lettre de change est endossée dans un pays

1. V. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. IV, n° 664. — Valéry, *Droit intern. pri.*, n° 924. — Champcommunal, *op. cit.*, p. 29 à 31. — Surville et Arthuys, *op. cit.*, p. 485. — V. aussi C. d'appel de Caen, 12 déc. 1900, Clunet, 1902, f. 331. — Trib. Comm. Havre, 8 juillet 1912, Clunet, 1914, p. 573. — Cour d'appel de Paris, 13 avril 1913, Clunet, 1914-1262.

où la loi admet la transmission de la provision, la solution ne doit pas être différente de la première, et cela pour la raison suivante :

Supposons que la lettre de change soit tirée par un commerçant anglais domicilié en Angleterre, sur un commerçant français résidant en France, au profit d'un porteur français se trouvant également en France. La traite ayant été créée dans un pays où la transmission de la provision n'a pas lieu de plein droit, il s'ensuit que le preneur français ne devient pas propriétaire de la provision par la simple acquisition de l'effet. Si ce preneur endosse la lettre de change, il est de toute évidence que l'endossataire non plus n'acquerra pas de droit sur la provision, puisque, étant le cessionnaire du preneur, il ne pourra pas faire valoir plus de droits que ceux que le preneur lui a cédés par l'endossement.

2^o Le deuxième cas est celui où la lettre de change, qui est créée payable dans un pays où la provision ne passe au preneur qu'en vertu d'une cession, est émise dans un pays comme la France, où la propriété de la provision est transmise de plein droit au preneur.

Si la lettre de change est endossée ultérieurement dans un pays, dont la loi n'admet pas que la provision passe avec la lettre de change aux porteurs successifs, on devrait décider que la provision n'est pas transmise à l'endossataire, étant donné qu'il est de principe que les effets de chaque endossement soient régis par la loi du pays où il est opéré (1).

Cependant, telle n'est pas la solution adoptée. D'après M. Lyon-Caen, l'application de la règle que l'endossement est régi par la loi du lieu où il s'opère, doit être écarté dans cette dernière hypothèse, à raison des conséquences absolument inadmissibles auxquelles elle conduirait. « Avec cette « règle, déclare l'éminent auteur, la provision resterait pour « ainsi dire en suspens ; le tireur ne l'aurait plus, puisqu'elle

1. V. Aix, 29 avril 1844. S. 1845. 2. 114. — Chambéry, 25 novembre 1864. S. 1865. 2. 96. — Cass., 20 mai 1885. S. 1888., 1. 266. — Adde : Despagne, *op. cit.*, n° 341. — Champcommunal, *op. cit.*, p. 31.

« serait passée au preneur de la traite en vertu de la loi du
« pays où celle-ci a été créée ; mais elle ne passerait pas
« du preneur au bénéficiaire de l'endossement fait par lui,
« ni au dernier porteur, à raison des lois en vigueur dans
« les pays où la traite a été endossée. Ainsi, la lettre de
« change et la provision appartiendraient à deux personnes
« différentes, l'une au dernier porteur l'autre au pre-
mier (1). »

Il est hors de doute que la solution enseignée par M. Lyon-Caen est la seule que l'on puisse appliquer à notre hypothèse. Cette solution se recommande d'autant plus que, par la simple émission de la lettre de change, la provision sort du patrimoine du tireur pour entrer dans celui du preneur, et que, par conséquent, les arguments que l'on fait valoir en faveur des créanciers du tireur ne sauraient plus être invoqués.

c) Enfin, d'après un troisième système, la question de la transmission de la propriété de la provision devrait être tranchée par la loi du pays du tiré qui est celui où il accepte la lettre de change.

Les représentants de cette doctrine font valoir que la lettre de change renferme un mandat donné par le tireur au tiré et que, ce mandat ne se formant définitivement que par l'acceptation du tiré, c'est la loi de ce dernier qui doit régir les effets du contrat de change et, notamment, la question relative à la provision (2).

Ce système subordonne la transmission de la provision au porteur, à l'acceptation de la lettre de change par le tiré. Mais nous avons vu qu'en France ainsi que dans les autres pays qui admettent le système français, la transmission de la propriété de la provision ne dépend nullement de l'acceptation du tiré.

La propriété de la provision se fixant sur la tête du porteur d'une traite, même non acceptée, on ne voit pas comment la

1. V. Lyon-Caen, note sous Cass., 6 février 1900, S. 1900, 1. 62. — Trib. comm. Havre, 18 août 1856, *Gaz. Trib.*, 31 août.

2. A. Weiss, *Manuel de dr. inter. pr.*, 1920, p. 565 ; Despagnet, *op. cit.*, n° 340 V. aussi Cour d'Appel de Rennes sous Civ. Cass., 6 févr. 1900 précité.

loi du pays du tiré pourrait régler les droits du porteur sur cette provision, étant donné que ce tiré ne se trouve pas engagé dans les liens de l'obligation cambiaire.

Le conflit des lois auquel donne lieu la diversité des dispositions réglementant les différentes questions concernant la lettre de change et, notamment, celle relative à la propriété de la provision, constitue une véritable gêne pour la circulation de la lettre de change dans le marché international. Aussi a-t-on essayé, de tout temps, de réduire à leur plus simple expression les difficultés surgissant en raison de la divergence des lois sur le change, en proposant d'édicter dans tous les pays des règles uniformes concernant les effets de commerce. Il y a eu, en effet, depuis une quarantaine d'années, des tentatives sérieuses en vue d'unifier le droit des lettres de change.

L'Institut de droit international arrêta à Bruxelles les termes d'un projet de loi uniforme en 106 articles (1).

Une deuxième tentative fut faite en 1885 par le Congrès international de droit comparé à Anvers, qui vota un projet comprenant 57 articles ; ce projet fut révisé en 1888 par le deuxième Congrès de droit commercial tenu à Bruxelles.

Enfin, à la suite des travaux de deux conférences réunies en 1910 et 1912, un avant-projet de convention relatif à l'unification du droit de la lettre de change et du billet à ordre a été signé à La Haye, le 23 juillet 1912. L'avant-projet de loi uniforme qui comporte 86 articles, a écarté du domaine du change tout ce qui paraît avoir trait au droit commun ; il a, en outre, laissé les lois nationales entièrement libres de résoudre, dans le sens qui leur conviendrait, les difficultés de la provision (2).

Cependant, quoique l'accord ait pu s'établir sur la plupart des points, le monde des affaires n'a pas accueilli favorablement le projet de la nouvelle législation. Le vote de la loi du 8 février 1922 constitue, d'ailleurs, une preuve éclatante du peu de confiance qu'a inspiré, en France, la loi uniforme

1. V. *Annuaire de l'Inst. de dr. intern.* (1885-1886), p. 97.

2. V. Art. 12 al. 2 de l'avant-projet de convention diplomatique.

sur le change, dont l'application comme la loi nationale constituerait une violation des dispositions d'ordre constitutionnel (1).

1. V. Pillet, *Projet de loi de l'unification de la lettre de change*, *Journal Clunet*, 1911, p.p. 383 et s. ; Marc Noel, *De l'autorité des traités comparée à celle des lois*. Thèse Paris 192, p. 124 et s.

CONCLUSION

Nous voici arrivés à la fin de notre étude. Nous avons essayé d'exposer le plus clairement possible la théorie de la propriété de la provision, telle qu'elle est admise par les pays dont chacun se trouve à la tête d'un des trois groupes de législations sur le change.

Nous avons vu que si, au point de vue de l'analyse de la lettre de change, la doctrine française ne diffère pas beaucoup du système anglo-américain, surtout depuis la loi du 8 février 1922, elle s'établit, par contre, sur des dispositions opposées à celles qui constituent la base de la *Wechselordnung*.

Le système français, qui n'a pas embotté le pas derrière l'obligation abstraite, raccorde la lettre de change à des opérations effectives et permet, dès lors, de vérifier les dessous de la traite et d'en examiner les propriétés d'exécution.

D'après la conception française, la lettre de change constitue un moyen d'utiliser économiquement une créance préexistante quelles qu'en soient la nature et l'origine, et d'en garantir le paiement d'une façon particulièrement rigoureuse. Comme cette créance forme pour ainsi dire le noyau même de la traite, il était tout naturel qu'on pensât à les attribuer exclusivement au porteur du titre, en cas d'insolvabilité du tireur, et cela afin de maintenir le plus de garanties possibles à la circulation de cet effet de commerce. Dans ces conditions, la jurisprudence française ne pouvait pas rencontrer dans l'élaboration de la théorie de la propriété de la provision, telle qu'elle l'a enseignée pendant un siècle environ et telle que l'a adoptée la loi du 8 février 1922.

Cependant, il n'en est pas de même du système allemand

qui part d'un point de vue tout à fait différent. D'après ce système, la lettre de change doit se suffire à elle-même, et les rapports juridiques engendrés par son émission ou sa circulation n'ont aucune contingence avec ceux existant entre les parties au moment de la création ou de l'endossement du titre.

La provision étant restée en dehors du cadre de la lettre de change germanique, il n'est pas surprenant que la doctrine et la jurisprudence allemandes se soient montrées hostile envers le système français et ne se soient pas, par conséquent, attachées d'une façon particulière à ériger cette provision en garantie au profit du porteur de la traite. Néanmoins, la résistance que rencontrait en Allemagne le système favorable au porteur de la lettre de change semble s'être atténuée, puisque certains auteurs, tout en refutant l'idée d'une cession de créance, essaient, par d'autres raisonnements il est vrai, de conférer à ce porteur un droit exclusif sur la provision.

Le système anglo-américain, qui n'a pas admis la théorie de l'acte abstrait, ne pouvait pas être aussi hostile que l'opinion allemande à l'idée de la transmission de la provision au porteur de la lettre de change. Nous avons vu, en effet, que certains tribunaux anglo-américains, se basant sur l'article 127 de la N. I. L. et l'article 53 du B. O. E. A. décident que la création de la lettre de change équivaut à une cession de la provision lorsque les circonstances, dans lesquelles est émise la traite, font présumer chez le tireur l'intention d'opérer un transfert de cette provision.

D'autre part, dans certains des pays qui ont adopté le système de la *Wechselordnung*, la théorie reconnaissant au porteur un droit exclusif sur la provision semble de nos jours appréciée avec moins de rigueur. Comme nous l'avons déjà fait remarquer, M. Wieland proposa en 1904, au Congrès des juristes de la Chaux-de-Fonds, d'admettre, en Suisse, un droit de préférence au profit du porteur, en cas de faillite du tiré (1).

1. V. *supra*. p. 91, note 1. — Jacottet, *Manuel de droit fédéral des obligations*, p. 461.

De même, certains auteurs autrichiens s'étaient engagés, il y a encore peu d'années, dans une campagne menée en vue d'introduire en Autriche la traite non-acceptable avec affectation spéciale de la provision (1).

Cette tendance à donner à la lettre de change plus de solidité en conférant à son porteur un droit exclusif sur la provision, n'a pas manqué de soulever les critiques de ceux qui voient dans l'effet de commerce un titre fiduciaire.

Mais, à supposer même qu'il faille voir dans la lettre de change un papier monnaie, ne doit-on pas tâcher par tous les moyens possibles d'assurer le crédit de ce titre fiduciaire ? Si la provision existe, pourquoi ne pas accroître la valeur de la traite, garantir les droits du porteur, en lui conférant un droit exclusif sur cette provision et lui accordant ainsi une sauvegarde contre la faillite du tireur ?

1. V. M. Percerou, *Annales de Dr. Comm.*, 1913, p. 419.

Le Président de la thèse,

J. PERCEROU

Vu Le Doyen,
LARNAUDE

Vu et permis d'imprimer
Le Recteur de l'Académie de Paris

APPELL

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
BIBLIOGRAPHIE.	5
ABBREVIATIONS.	8
INTRODUCTION.	9

TITRE PREMIER

LA PROPRIÉTÉ DE LA PROVISION EN DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE PREMIER. — Définition de la Provision.	17
Nature et caractères de la Provision.	17
CHAPITRE II. — Etude doctrinale des systèmes.	24
<i>Section première.</i> — Système accordant au porteur d'une lettre de change un droit exclusif sur la provision	25
Théorie de la cession de créance. — La lettre de change renferme une cession de créance. — L'objet du contrat de cession constitue la provision. — Critiques adressées à cette théorie. — Condition potestative.	25
<i>Section II.</i> — Système refusant au porteur de la lettre de change un droit exclusif sur la provision.	35
Théorie du mandat. — La lettre de change constitue entre tireur et preneur du contrat <i>do ut facias</i> . — Elle renferme un mandat dans les rapports entre tireur et tiré.	35
<i>Section III.</i> — Système subordonnant, à l'acceptation de la lettre de change par le tiré, l'attribution de la provision au porteur de la traite. — Théorie de la délégation.	39

CHAPITRE III. — Etude de la jurisprudence.	48
<i>Section première.</i> — Etude des différentes phases de la jurisprudence	49
§ I. — Première phase : Le porteur n'acquiert un droit exclusif sur la provision que s'il y a affectation spéciale de cette provision.	49
§ II. — Deuxième phase : Le porteur n'acquiert la propriété de la provision que si la lettre de change est acceptée par le tiré.	52
Le tiré acceptant acquiert un droit de rétention sur la provision.	53
§ III. — Troisième phase : La provision se transmet au porteur par la simple émission de la lettre de change ou par son endossement	53
<i>Section II.</i> — Conséquences pratiques du système de la jurisprudence	59
§ I. — Conflit d'intérêts entre le porteur et les créanciers du tireur. — Faillite du tireur.	59
§ II. — Conflit d'intérêts entre le porteur et le tiré. — Faillite du tiré.	60
§ III. — Solutions de la jurisprudence en cas de provision partielle.	64
Le tireur a émis une seule traite. — Attribution de la provision partielle au porteur de cette traite. — Critiques adressées à ce système. — Le tireur a émis plusieurs traites dont le montant global est supérieur à la provision fournie par le tireur. — « Prior tempore potior jure ». — La Traite non acceptable vient après la traite acceptable.	64
§ IV. — Etendue des droits du porteur sur la provision.	64
Le porteur acquiert les garanties accompagnant la provision. — Application de cette solution dans les ventes des fonds de commerce.	77
§ V. — De la Traite Documentaire.	77
Utilité pratique de la traite documentaire. — Provision. — Nature juridique de la traite documentaire. — Système admis par la doctrine. — Le connaissance est remis en gage au preneur. — Incompatibilité de ce système avec les principes généraux du Droit. — Système proposé. — Le	

tireur remet au preneur son droit de rétention accompagnant la provision.	77
<i>Section III.</i> — Appréciation critique du système de la jurisprudence	84
La solution est favorable à la circulation de la lettre de change. — Consécration de la solution jurisprudentielle par la loi du 8 février 1922.	84

TITRE II

DE LA PROPRIÉTÉ DE LA PROVISION EN DROIT ALLEMAND

CHAPITRE PREMIER. — De la nature juridique de la lettre de change d'après la doctrine allemande.	93
<i>Section première.</i> — Théorie de l'acte abstrait.	95
§ I. — Définition de l'acte abstrait. — Utilisation. — Système d'Einert. — La lettre de change est un acte abstrait. — La lettre de change est le papier-monnaie des commerçants.	95
§ II. — Théorie de Liebe. — Acte formel. — Stipulation romaine.	98
<i>Section II.</i> — Nature des rapports juridiques existant entre le débiteur cambiaire et le porteur de la lettre de change.	100
§ I. — Théorie du contrat.	100
Le tireur (ou tiré acceptant) contracte avec le preneur. — Transmission du droit acquis par le preneur au porteur subséquent. — Système de Sohm. — Critiques adressées au système du contrat.	100
§ II. — Système de l'acte unilatéral	103
Le débiteur cambiaire s'engage par une déclaration de volonté unilatérale. — La lettre de change est le véhicule de cette obligation. — Théorie de la création (Kreations theorie). — Théorie de l'émission (Aushändigungs und Begebungs theorie). — Avantages du système de l'acte unilatéral sur les autres théories.	103
<i>Section III.</i> — La propriété de la provision	107
§ I. — A qui appartient la provision	107
La théorie de la propriété de la provision fait partie du droit commun. — Attribution de la provision au porteur d'une lettre de change acceptée.	109

Le porteur d'une traite non acceptée n'a pas un droit exclusif sur la provision. — Atténuation apportée par les auteurs à la rigueur de la solution. — Système de Ladenbùng favorable au porteur de la lettre de change. — Incompatibilité de ce système avec les principes généraux du droit. — Système de V. Caustein. — La lettre de change renferme une assignation accompagnant la promesse abstraite. — Système de Kohler « vindicatio utilis ». — Système de M. Wilhelm. — La lettre de change renferme une cession tacite de la provision.	110
§ II. — Le porteur d'une lettre de change non acceptée a-t-il un droit direct contre le tiré ayant provision ?	115
Système favorable au porteur. — Stipulation par autrui.	115

TITRE III

DE LA PROPRIÉTÉ DE LA PROVISION EN DROIT ANGLO-AMÉRICAIN

Système du change dans les pays anglo-saxons. — Bill of Exchange Act et Negotiable Instruments Law. — Le système du change anglo-américain ne diffère pas essentiellement de la doctrine française en ce qui concerne la nature juridique de la lettre de change. — Solution apportée par le Bill of Exchange Act et la Negotiable Instruments Law à la théorie de la propriété de la provision. — Présomption de non transfert. — Présomption juris-tantum. — Différents cas dans lesquels les tribunaux anglo-américains admettent le système français. — Exception à la règle énoncée par l'article 53 du Bill of Exchange Act. — Article 97. Cas d'une double faillite du tireur et du tiré. — Attribution de la provision au porteur de la lettre de change. — Système suivi en Ecosse.	119
--	-----

TITRE IV

CONFLIT DES LOIS

Complexité des règles de droit international privé en matière de lettre de change. — La question de la propriété de la provision fait partie de l'étude des droits et des obligations résultant de la lettre de change : a) Système de la lex loci solutionis ; b) Système de la lex loci contractus. — Système de M. Weiss. — La question de la propriété de la provision doit être réglée d'après la loi du pays où la lettre de change est acceptée.	129
CONCLUSION	139

